Die
Klagen der Mitbesitzer gegen einander.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOCTORWÜRDE

GENEHMIGT

VON DER JURISTISCHEN FACULTÄT

DER

FRIEDRICH-WILHELMS-UNIVERSITÄT ZU BERLIN

UND

ZUGLEICH MIT DEN ANGEHÄNGTEN THESEN

ÖFFENTLICH ZU VERTEIDIGEN

am 5. März 1890

von

Heinrich Wilke
Kammergerichts-Referendar.

OPPONENTEN:

Hr. Kammergerichtsreferendar Dr. Reichert.
- Kammergerichtsreferendar Appelius.
- Cand. iur. Waxmann.

Berlin.
Buchdruckerei von Gustav Schade (Otto Francke), Berlin N.
Linienstr. 158.

Meinem Vater

in dankbarer Liebe.

Inhalt.

I.

Seite

§ 1. Das Wesen des Mitbesitzes 9

§ 2. Müssen die ideellen Teile bestimmt und den Mitbesitzern bekannt sein? 17

§ 3. Das Verhältnis der Mitbesitzer unter einander 24

II.

§ 4. Haben die Mitbesitzer die actio pro socio und die actio communi dividundo gegen einander? 29

§ 5. Haben die Mitbesitzer die possessorischen Interdikte gegen einander? 37

§ 6. In welchem Verhältnis stehen die den Mitbesitzern zuständigen Klagen zu einander? 51

III.

§ 7. Welche Klagen haben die juris quasi compossessores gegen einander? 53

Wir wollen im folgenden festzustellen versuchen, mit welchen Klagen das römische Recht die Mitbesitzer gegen einander ausstattet.

Bevor wir aber mit der Erörterung dieser Frage beginnen und auf die Verhältnisse des Mitbesitzes eingehen, müssen wir, wie ich glaube, uns zunächst über das Wesen des Besitzes Klarheit verschaffen.

Meischeider[1]) giebt einen Überblick über die Litteratur, welche die Frage, ob Besitz ein Recht oder eine Thatsache sei, zu beantworten versucht und kommt zu dem Resultate, dass das Problem nicht zu lösen sei.

Multae reperiuntur definitiones a doctoribus traditae, quae omnes mutuis telis corruunt.

Wir wollen aus diesen Worten Alciats die Warnung nehmen, dass es uns zu weit führen würde, hier auf das einzugehen, was über die rechtliche Natur des Besitzes gesagt worden ist. Es mag genügen zu konstatieren, dass wir uns denjenigen Juristen anschliessen, welche den Besitz als eine mit rechtlichen Folgen ausgestattete Thatsache definieren, und kurz die Gründe anzuführen, die uns diese Ansicht als richtig erscheinen lassen.

Wir haben bei „jedem Vorgang von juristischer Bedeutung den Thatbestand desselben und die an diesen Thatbestand geknüpften Rechtsfolgen“ oder anders ausgedrückt „die ausserrechtlichen und rechtlichen Thatsachen[2])“ zu unterscheiden.

---

[1]) Meischeider: Besitz und Besitzschutz. Vgl. Scheurl: Recension in der Jenaer Litteraturzeitung. 1876 Nr. 20.

[2]) Bekker: Das Recht des Besitzes § 32.

Bei denjenigen Vorgängen von juristischer Bedeutung, welche wir als Recht zu bezeichnen pflegen, ist das Recht die Ursache, die Folge sowohl der durch Ausübung des Rechtes herbeigeführte „Thatbestand“[3]) als auch neben anderen Rechtswirkungen der Schutz des Rechts. Beim Besitz ist der Thatbestand die Ursache, der Schutz desselben neben anderen Rechtswirkungen die Folge. Nehmen wir ein Beispiel:

Die Servitut nennen wir ein Recht und bezeichnen damit folgenden „Vorgang“, um bei den Ausdrücken Bekkers zu bleiben. Es ist für eine bestimmte Person z. B. die Berechtigung vorhanden, über des Nachbars Grundstück zu gehen, dies ist die Ursache; die Wirkung ist erstens die Thatsache des Gehens, ferner die Befugnis, Verbauung des Weges zu verbieten u. s. w. und der Anspruch auf gerichtlichen Schutz. Sobald eine dieser Wirkungen ins Leben treten soll, mag es Thatbestand, mag es Rechtsschutz oder eine andere Folge sein, wird immer der Nachweis der Ursache, d. h. der Berechtigung zu führen sein.

Anders beim Besitz. Hier ist die thatsächliche Herrschaft [der Thatbestand] die Ursache, rechtliche Wirkungen sind z. B. die Möglichkeit, in Eigentum überzugehen u. s. w. und der Anspruch auf gerichtlichen Schutz. Sobald eine dieser Wirkungen ins Leben treten soll, mag es sein, welche es will, wird stets nur das Vorhandensein der Ursache, der Thatsache des Besitzes nachzuweisen sein.

Auch scheint mir der Ansicht, dass Besitz nicht ein Recht, sondern eine Thatsache sei, der Umstand entschieden nicht zu widersprechen, dass in gewissen Fällen eine einzelne Rechtsfolge, wie z. B. Interdiktenschutz, über die Dauer der be-

---

[3]) Kindel: Die Grundlage des römischen Besitzrechts. — Kindel scheint nur zu irren, wenn er meint, ein Faktum sei die Grundlage jedes Rechts und es resultiere aus dem Schutze des Faktums das Recht. Das Recht ist die Ursache, der durch Ausübung des Rechtes herbeigeführte Thatbestand und der Rechtsschutz sind die Folgen des Rechts.

gründenden Thatsache des Besitzes hinaus als wirksam gilt. Auch in anderen Gebieten lässt das Recht Wirkungen bestehen, obschon die Ursachen gefallen sind; so giebt es ein Pfandrecht auch nach dem Erlöschen der Forderung. Die Forderung war Ursache und ist weggefallen, das Pfandrecht eine durch Parteiwillen herbeigeführte Wirkung bleibt bestehen. Will man übrigens die Summe der Rechtswirkungen der Besitz-Thatsache als Recht bezeichnen, so lässt sich hiergegen nichts einwenden; deshalb ist und bleibt aber der Besitz an sich immer nur ein Faktum.

Wir können nun zur Behandlung unseres Themas übergehen.

I.

Im ersten Teile unserer Abhandlung werden wir zunächst das Wesen des Mitbesitzes festzustellen haben, wobei wir die Frage, ob die ideellen Teile bestimmt und den Mitbesitzern bekannt sein müssen, ihrer Wichtigkeit wegen in einem besonderen Abschnitt behandeln wollen.

Ferner untersuchen wir das Verhältnis der Mitbesitzer unter einander im allgemeinen d. h. abgesehen von der speziellen Frage des Klageschutzes.

§ 1.

Das Wesen des Mitbesitzes.

Besitz ist die thatsächliche Herrschaft einer Person über eine Sache mit dem Willen, die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen für sich zu haben, er ist „dasjenige thatsächliche Verhältnis einer Person zur Sache, welches dem Eigentumsrechte entspricht“[1]). Wer ein Recht dazu hat, die Sache zu besitzen, ist Eigentümer, wer sie faktisch beherrscht,

---

[1]) Bruns: Das Recht des Besitzes. S. 486.

eigentlich „auf ihr sitzt“[2]) mit dem Bewusstsein und dem Willen, sie zu beherrschen, ist Besitzer. Es ist nun nur eine thatsächliche Herrschaft über eine Sache möglich, wie die römischen Juristen sagen lex 3 § 5 D. 41, 2 (Paulus):

> plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris;
>
> und:
>
> non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris[3]).

Obwohl also gänzlich unmöglich, ist doch die possessio plurium in solidum unter Annahme einer justa und injusta possessio von Trebatius und Sabinus behauptet worden, wogegen Labeo in der eben angeführten Stelle heftig eifert, und es beruht auf dieser falschen Ansicht nach Baron[4]) die rekuperatorische Kraft des Interdikts uti possidetis. Auch Witte[5]) hält die possessio plurium in solidum nicht für „undenkbar“ und konstruiert aus dem Verhältnis des precario dans und accipiens, pignus dans und accipiens, und des clam ex fundo Dejicierten und des Dejicienten eine neue Art von compossessio, die wir aber mit Dultz[6]) als für die Beantwortung der Fragen, die unser Thema mit sich bringt, belanglos bezeichnen können. Denn von einer Verwendung der Interdikte unter diesen sogenannten Mitbesitzern kann hier nicht die Rede sein, da ja ein thatsächliches Herrschaftsverhältnis mehrerer Personen gar nicht vorliegt, sondern nur im Interesse der usucapio der pignus dans und precario dans noch als Besitzer betrachtet werden. Der clam ex fundo dejectus

---

[2]) Bruns: Das heutige römische Recht in Holtzendorffs Encyklopädie. § 30.

[3]) Dasselbe sagt Celsus in lex 5 § 15 D. 13, 6.

[4]) Baron: Pandekten § 115.

[5]) Witte: Zeitschrift für Civilrecht und Prozess. N.F. Bd. XVIII S. 250.

[6]) Dultz: Inauguraldissertation. Jena 1882 S. 4.

aber verliert rechtlich (nach der herrschenden Ansicht) den Besitz erst, wenn er, von der Dejektion benachrichtigt, den früheren Herrschaftszustand nicht wieder herstellt. Es wird hier durch singuläre Rechtsbestimmung, obgleich der Besitz thatsächlich aufgehört hat, dessen Rechtswirkung als bis zu einem gewissen Punkte fortbestehend angenommen.

Also plurium possessio in solidum esse non potest. Aus diesem Satze folgert nun Büff[7]), dass „Mitbesitz anders als ex causa, anders, wie als Ausübung eines konkreten Miteigentums und als abhängig gar nicht zu denken sei". Hiergegen bemerkt Steinlechner[8]) sehr richtig: wie man berechtigt sei, von der Unmöglichkeit des dominium plurium in solidum auf die Unmöglichkeit der possessio plurium in solidum zu schliessen (die lex 5 § 15 D. citata sagt ausdrücklich dominium vel possessionem), ebenso „lehne sich gerade an die Möglichkeit des Miteigentums sicher auch die des Mitbesitzes an". Wenn dann ferner Büff behauptet, die Römer hätten, weil die Quellen das Wort compossessio nicht haben, auch den Begriff nicht gekannt, so lässt sich hiergegen eine ganze Reihe von Stellen anführen. Die lex 5 § 15 citata fährt fort: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium (vel possessionem darf man hier sicherlich dem Vordersatz gemäss ergänzen) habere. Ebenso erkennen folgende Stellen direkt oder indirekt den Mitbesitz an: lex 26 und 42 pr. D. 41, 2, lex 8 D. 6, 1 lex 10 § 1 D. 39, 3, lex 20 § 1 D. 11, 1 und lex 32 § 2 D. 41, 3. Stets aber wird betont: nicht possessio in solidum liegt vor, sondern pro parte und zwar pro partibus divisis oder indivisis, also reelle oder ideelle Teilung wie lex 1 § 7 D. 43, 17 mit klaren Worten sagt:

---

[7]) Büff: Archiv für praktische Rechtswissenschaft. N. F. Bd. III S. 117. — Miescher: Archiv für civilistische Praxis. N. F. Bd. IX S. 164. — Dultz l. c. S. 5.

[8]) Steinlechner: Das Miteigentum. Bd. II S. 4 u. 5.

hoc interdictum locum habet, sive quis totum fundum se possidere dicat sive pro certa parte, sive pro indiviso possideat.

Über die reelle Teilung werden wir am Schlusse dieses Paragraphen sprechen, „sie bietet nichts Besonderes“[9]). Hier ist zunächst das Wesen der compossessio zu ideellen Teilen zu untersuchen.

Auch über dieses Verhältnis geben die Quellen ganz unzweideutigen Aufschluss. lex 5 D. 45, 3 sagt[10]):

Servus communis sic omnium est non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu (Randa: „Gedankenoperation“) magis partes habeant quam corpore.

Die Stelle will offenbar sagen: corpore, in der „Detention“, d. h. in der äusseren, thatsächlichen Beherrschung ist von der Teilung nichts zu bemerken. „Die Detention besteht als solche nur in dem äusseren physischen Verhältnis zur Sache, und dieses ist faktisch stets so, wie es äusserlich ist, ohne allen Unterschied, was man dabei denkt oder will[11]).“

Auch der animus ist nicht geteilt, denn „Wille lässt sich nicht teilen, weder ideell noch reell“[12]), sondern die Teilung entsteht durch den Willen, d. h. dadurch, dass jeder Einzelne seinen Willen auf einen ideellen Teil richtet und dass „der Wille des einen dem des andern parallel läuft“[13]).

„Besitz ist gewollte Detention; wenn man Detention zwar in solidum, den Willen aber pro parte hat, so hat man auch den Besitz nur pro parte, folglich ist darüber hinaus vacua possessio für andere, d. h. der Besitz ist als solcher

---

[9]) Dultz l. c. S. 16.

[10]) (Ähnlich auch lex 66 § 2 D. 31 und lex 42 pr. D. 41, 2.)

[11]) Bruns: Recension über Maynz: cours de droit Romain; kleinere Schriften, Bd. I S. 388.

[12]) Miescher l. c. S. 166.

[13]) Miescher l. c. S. 166.

für andere möglich[14])." Diese sogenannte „vacua possessio", diese ledig gewordene Herrschaft wird nun von einem oder mehreren Andern in Besitz genommen und zwar wiederum so, dass sie die äussere Herrschaft in solidum, den animus aber auf einen Teil gerichtet haben. So entsteht nun die compossessio, — nach aussen eine Herrschaft, eine Detention in solidum, nach innen der Wille jedes einzelnen compossessor auf einen ideellen Teil beschränkt neben dem des andern herlaufend. „Das Ganze ist wirklich, die Teile gedacht[15])."

Das Gegenteil hiervon liest aber Lenz aus der oben angeführten Stelle heraus; er sagt, weil der Mitbesitz etwas Intellektuelles sei, könne er nicht faktisch sein und behauptet, „bisher habe noch Niemand die Möglichkeit des Mitbesitzes begriffen und erklärt"[16]). Die Stelle sagt aber nicht, dass der Mitbesitz etwas „Intellektuelles" sei, sondern dass die Teilung beim Mitbesitz durch den Intellektus, d. h. ideell, nicht corpore vorgenommen werde. Der Mitbesitz ist und bleibt aber eine thatsächliche Herrschaft, geteilt unter mehrere Personen.

Bruns spricht hier von der Detention als dem äusseren, nur das corpus betreffende Verhältnis, im Gegensatz zur inneren vom animus beherrschten Seite des Mitbesitzes. Ubbelohde[17]) bezeichnet mit Detention den „blos natürlichen Besitz" im Gegensatz zum juristischen Besitze und erklärt letzteren wie auch die juris quasi possessio für ideell teilbar, der Detention spricht er die Teilbarkeit ab.

Diese Auffassung hält auch Eck[18]) für die richtige.

---

[14]) Bruns l. c.

[15]) Miescher l. c. S. 152.

[16]) Steinlechner: Das Wesen der juris communio. Abteilung II S. 2. — Lenz: Das Recht des Besitzes. S. 94. — Randa: Der Besitz nach österreichischem Rechte. § 17 Anm. 15 c. — Dultz l. c. S. 6.

[17]) Ubbelohde: Die Lehre von den unteilbaren Obligationen. § 1 Anm. 2 u. § 2.

[18]) Eck: Doppelseitige Klagen. S. 125 Anm. 453.

Ich kann mich dieser Ansicht nicht anschliessen, möchte vielmehr mit Steinlechner[19]) glauben, dass auch bei der Detention[20]) ideelle Teilung möglich ist, nur kann nicht von einer „Teilung des Willens", sondern „der Herrschaft" die Rede sein; wenn Ubbelohde die lex 3 § 5 D. 41, 2 heranzieht, so spricht diese, wie wir oben gesehen haben, doch nur von der compossessio plurium in solidum. Steinlechner betont ferner, wie ich glaube sehr richtig, die Detention als die „Grundlage" jedes Besitzes und vergleicht schliesslich die Einwirkung der ideellen Teilung auf die Detention mit der missio in possessionem, die mehreren Personen erteilt wird. lex 15 § 18 D. 39, 2 sagt:

> cum plures mittuntur (in possessionem), aequaliter omnes quasi in totum missi concursu partes habebunt.

Ähnlich bezeichnet Wendt[21]) „das Wesen des Mitbesitzes als Konkurrenz im Raum" und sagt: „Das bekannte Wort, ubi ego sedeo, tu sedere non potes, erfährt durch die Möglichkeit des Mitbesitzes nicht sowohl eine gegensätzliche Bestätigung, als vielmehr seine genauere Abgrenzung und Berichtigung; mit einander können zwei dort noch sich vertragen, und jeder sich befinden, wo vielleicht vorher nur einer sich befand und der Alleinbesitz hatte."

Wenn aber Hesse[22]) den Wert der Sache als Objekt der Teilung hinstellt und sagt, „der Wert der Sache erscheine

---

[19]) Steinlechner: l. c. S. 8.

[20]) Der Fall, dass gar kein Wille den „blos natürlichen Besitz" begleitet, ist undenkbar; selbst dem Schlafenden, dem Blödsinnigen, dem Tier ist Wille nicht abzusprechen. Es ist aber kein Grund einzusehen, warum nicht auch der Detentionswille auf einen Teil gerichtet sein soll. — v. Scheurl: Teilbarkeit als Eigenschaft von Rechten, S. 40, spricht der Detention mehrerer Usuare, Depositare, Kommodatare, Mieter und in den Besitz custodiae causa Eingewiesener die Teilbarkeit ab.

[21]) Wendt: Das Faustrecht. § 15.

[22]) Hesse: Archiv für praktische Rechtswissenschaft. N. F. Bd. IV S. 120 u. 121. — Ebenso auch Windscheid: Pandekten. § 140. 3. Aufl. S. 383.

uns als Spiegelbild des Körpers in der Reflexion, der Mitbesitzer habe also nur einen Teil des Wertes der Sache (ihrer Bestimmung) zu beanspruchen", so ist zunächst sicher Mieschers[23]) Ansicht beizustimmen, dass es um nichts leichter sei, sich den Wert einer Sache, als die Herrschaft geteilt zu denken, und dass das Verhältnis also dadurch nicht klarer wird. Ja, man darf sogar, wie ich glaube, noch einen Schritt weiter gehen und das Hereinziehen des Wertes der Sache geradezu als einen Abweg bezeichnen, auf den Hesse durch die unklare Definition des Begriffes „Wert" geführt wird.

In eminent klarer und scharfer Weise definiert Goldschmidt[24]) den Wert einer Sache „als ein Gleichungsverhältnis (eine Proportion) unter den wirtschaftlichen Gütern nach ihrer allgemeinen wirtschaftlichen Brauchbarkeit (Nützlichkeit), sei es zur direkten Bedürfnisbefriedigung: zum Haben, Gebrauchen, Nutzen — sei es zur indirekten Bedürfnisbefriedigung: zum Weggeben gegen Entgelt; als ein wirtschaftliches Bedeutungsurteil über das Gut".

Durch diese Definition wird es klar, dass eine Teilung des Wertes undenkbar ist. Wie soll man eine Gleichung, ein Urteil sich geteilt denken? Nicht der Wille, nicht der Wert ist geteilt zu denken, sondern die Herrschaft.

Wir sind also zu dem Resultate gekommen: die compossessio ist nur möglich durch Beschränkung des Willens auf einen ideellen Teil. Diese ideelle Teilung hat aber eine reelle, äusserlich bemerkbare Wirkung. Wenn wir eine Sache besitzen, beherrschen, so thun wir dies zu einem bestimmten Zwecke, um etwas zu erreichen. Miescher sagt[25]): „das letzte Ziel der Herrschaft sei Nutzen, Ertrag, Preis der Sache" und bezeichnet den Anspruch jedes einzelnen Mitbesitzers auf einen Teil dieses Ertrages als reelle Wirkung

---

[23]) Miescher l. c. S. 166.

[24]) Goldschmidt: Handbuch des Handelsrechts. Bd. II § 64.

[25]) Miescher l. c. S. 165.

der ideellen Teilung. Richtig ist, dass das Ziel des Besitzes sicher Nutzen sein wird, doch ist es ja fraglich, ob dieses Ziel erreicht wird, das Ergebnis der Herrschaft kann ja auch Schaden und Verlust sein.

A und B besitzen ein Grundstück, natürlich um Nutzen daraus zu ziehen. Am Ende des Jahres ergiebt es sich, dass die auf das Grundstück gemachten Aufwendungen den Ertrag bedeutend überschreiten, dann ist der Erfolg des Besitzes für A und B nicht Nutzen und Ertrag, sondern Schaden und Verlust; die reelle Wirkung der ideellen Teilung ist für sie, dass sie nach dem Verhältnis ihrer Willensbeschränkung leisten, d. h. die Aufwendungen zahlen müssen.

Ich möchte also den Ausdruck allgemeiner fassen und sagen: sobald das Ergebnis der Herrschaft in Gewinn oder Verlust zu Tage tritt, wird die ideelle Teilung eine reelle Wirkung haben, d. h. jeder Mitbesitzer wird nach dem Verhältnis seiner Willensbeschränkung, „soweit also die ideelle Quote seines Besitzes reicht", den Verlust mitzutragen oder den Gewinn mitzubeanspruchen haben.

Aus obigen Untersuchungen geht hervor, dass — derselben Ansicht sind Maynz, Bruns, Miescher und Dultz — Savignys[26]) Ansicht nicht zu billigen ist, der über die compossessio sagt, jeder Mitbesitzer besitze einen Teil, also eine Sache für sich, wie die Besitzer zweier benachbarten Häuser, und zwar „ohne allen Unterschied zwischen reellen und ideellen Teilen".

Nur in dem Falle reeller Teilung hat Savigny Recht; hier liegt in der That ein Verhältnis vor, welches dem der Besitzer zweier nachbarlichen Häuser entspricht. Denn bei reeller Teilung gilt nach lex 6 § 1 D. 8, 4[27]) die pars fundi als selbständiger fundus, jeder besitzt seine pars allein und hat unbestritten die Interdikte zur Verfügung auch gegen den

---

[26]) Savigny: Das Recht des Besitzes. § 11 S. 171.

[27]) Ähnlich auch lex 1 § 7 D. 43, 17.

Besitzer einer anderen pars, der ja ihm gegenüber ein extraneus ist. Die reelle Teilung gehört also nicht in den Rahmen unserer Arbeit; will man hier überhaupt von Mitbesitz reden, so muss man das Ganze fingieren und mit Miescher[28]) sagen: „bei reeller Teilung ist das Ganze gedacht, die Teile wirklich, bei ideeller das Ganze wirklich, die Teile gedacht".

Ziehen wir nun das Resultat aus dem bisher Gesagten: Besitz ist die thatsächliche Herrschaft einer Person über eine Sache. In solidum plures possidere non possunt, wohl aber kann eine Herrschaft unter mehrere Personen zu ideellen Teilen geteilt werden. Die Ausübung der Herrschaft bleibt eine einheitliche, auf dem Gebiet des animus vollzieht sich intellectu die Teilung dadurch, dass jeder Mitbesitzer seinen Willen auf eine Herrschaftsquote beschränkt. Die reale Wirkung dieser ideellen Teilung ist die Teilung des Resultats der Herrschaft unter die compossessores nach dem Verhältnis der ideellen Quoten.

§ 2.

Müssen die ideellen Teile bestimmt und den Mitbesitzern bekannt sein?

Incertam partem nemo possidere potest, dies ist ein Satz, den die Quellen an den verschiedensten Orten aussprechen, so in lex 32 § 2 D. 41, 3, lex 26 D. 41, 2, lex 3 § 2 D. 41,2, indirekt auch in lex 20 § 1 D. 11,1 und lex 6 D. 6,1. Dass incerta pars hier Unkenntnis der Person von der Grösse der pars, nicht etwa absolute Unbestimmtheit bedeutet, beweist lex 20 § 1 D. 11, 1, woselbst Javolenus ausdrücklich verlangt, dass jeder einzelne Mitbesitzer, vom Richter befragt, respondere potest, quota ex parte fundum possideat. Also Niemand kann einen Teil besitzen, dessen Umfang ihm un-

[28]) Miescher l. c. S. 153.

bekannt ist; es wird dies von allen Juristen anerkannt und ist unbestritten richtig. Sehr bestritten aber ist die schon oben erwähnte lex 32 § 2 D. 41, 3:

> Incertam partem possidere nemo potest, ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat, neminem eorum mera subtilitate possidere Labeo scribit.

Über die Interpretation dieser Stelle streiten zwei Ansichten, die im schroffsten Gegensatze zu einander stehen. Es handelt sich darum, ob die mera subtilitas zu neminem eorum possidere oder zu Labeo scribit zu ziehen ist, ob man also annimmt, dass der Jurist den Satz, es sei in diesem Falle Niemand Besitzer, als aus übertriebener Konsequenz hervorgegangen verwerfen oder in seiner ganzen Strenge gutheissen will.

Die letztere Ansicht hegen Rudorff[1]), Randa[2]), Miescher[3]) und Böcking[4]), während Savigny[5]), Windscheid[6]), Puchta[7]) und Dultz[8]) die erstere Meinung verfechten. Dernburg[9]) meint, im römischen Rechte habe der Satz entschieden in seiner ganzen Strenge gegolten, „der Einfluss deutschrechtlicher Anschauungen aber habe für das heutige gemeine Recht die Unbestimmtheit der Teile zugelassen".

Für die Ansicht, dass Labeo den Satz als mera subtilitas verwerfen wolle, spricht allerdings der Umstand, dass wir in den Quellen wiederholt Citate aus Labeo finden, die in ähnlicher Weise wie hier strenge Konsequenzen ziehen, ohne

---

[1]) Rudorff: Nr. 79 zu Savigny, Besitz. 7. Aufl. S. 650 u. Beilage XII zu Puchta, Vorlesungen. 5. Aufl. S. 486 Anm. 1.

[2]) Randa l. c. S. 168.

[3]) Miescher l. c. S. 201.

[4]) Böcking: Pandekten I § 124 Note 11.

[5]) Savigny l. c. § 22 S. 262.

[6]) Windscheid l. c. § 152 Anm. 12.

[7]) Puchta: Vorlesungen. Bd. I § 129.

[8]) Dultz l. c. S. 12.

[9]) Dernburg: Pandekten. § 169 Anm. 11.

ein weiteres Wort über dieselben zu verlieren, die aber entschieden diese Folgerungen als zu weit gehend verwerfen wollen. Man kann dies aus dem Tone der Stelle herauslesen; hauptsächlich ist hierfür anzuführen lex 65 § 4 D. 41, 1.

Dennoch möchte ich mich hier der Ansicht Böckings anschliessen, der die Übersetzung und Interpretation Savignys wohl nicht mit Unrecht als gezwungen bezeichnet.

Wenn wir zunächst die Stelle rein grammatisch betrachten, so liegt wohl am nächsten zu übersetzen:

„Labeo schreibt, es sei in diesem Falle der Strenge juristischer Anschauung gemäss keiner als Besitzer anzusehen."

Es spricht für diese Auffassung[10]) zunächst die Wortstellung, zweitens der Ausdruck mera, nicht nimia subtilitate und besonders die Anknüpfung mit ideo. Wird wohl der Jurist zuerst den Satz aufstellen: Niemand kann einen unbestimmten Teil einer Sache besitzen, und dann mit ideo anknüpfend fortfahren, nun müsste eigentlich, wenn die partes incertae sind, keiner besitzen, das aber ist eine mera subtilitas — nimia würde das Heranziehen der aequitas noch eher rechtfertigen —, die alle Härten ausgleichende aequitas[11]) soll auch hier trotz des obigen Satzes Besitz anzunehmen gestatten? Ich glaube nein. Die lex 32 — wir dürfen die Stelle nicht aus dem Zusammenhang reissen — spricht von der usucapio, vom Besitz, als Mittel zum Zweck der Ersitzung. Hierbei erinnert Pomponius an die alte Regel, dass Niemand eine incerta pars besitzen könne, und teilt mit, dass Labeo die (vielleicht zwar harte, aber doch nicht zu vermeidende) Konsequenz aus derselben ziehe, dass die Mitbesitzer, die den Umfang ihrer partes nicht kannten, auch in ihrer Gesamtheit nicht als Besitzer anzusehen seien.

---

[10]) So auch Steinlechner l. c. S. 20.

[11]) So meint Martinus de Gosia: sed ex aequitate aliud dicendum. Vgl. Meischeider l. c. § 43.

Bei Behandlung der usucapio also führt Pomponius eine Stelle aus Labeo an, Grund genug für uns anzunehmen, dass auch diese zunächst nur von der usucapio spricht.

„Der Besitz, obgleich kein Recht, hat rechtliche Folgen“ [12]),

1. die Möglichkeit durch Tradition resp. Okkupation,
2. die Möglichkeit durch langjährige Dauer (usucapio) Eigentum zu verschaffen;
3. rechtlichen Schutz (Interdikte).

Diese drei rechtlichen Wirkungen des Besitzes sind bei Erörterung der Frage, ob von Besitz die Rede sein kann, wenn die partes incertae sind, scharf auseinander zu halten.

Tradition einer incerta pars ist unmöglich, weil es unausführbar ist, einem andern etwas zu übergeben, dessen Grösse man selbst nicht kennt, wie Pomponius in lex 26 D. 41, 2 mit klaren Worten sagt:

> incerta autem pars nec tradi nec capi potest, veluti si ita tibi tradam: „quidquid mei juris in eo fundo est“: nam qui ignorat nec tradere nec accipere id, quod incertum est, potest [13]).

Ebensowenig ist es denkbar, dass man eine Sache, deren Grenzen man nicht kennt, eine Reihe von Jahren bona fide in der Gesamtheit ihrer Beziehungen beherrschen kann. Deshalb ist die Usukapion einer incerta pars unmöglich, wie dies auch Pomponius und Labeo übereinstimmend in der lex citata feststellen.

Übrigens ist schon aus einem rein prozessualischen Grunde nach römischem Rechte die Tradition und Usukapion einer incerta pars undenkbar, es war in der Regel [14])

---

[12]) Windscheid l. c. § 148. Vgl. die Einleitung dieser Abhandlung.

[13]) Vgl. Scheurl: Weitere Beiträge. Teilbarkeit als Eigenschaft von Rechten. S. 42.

[14]) Die Ausnahmen von dieser Regel sind hier unerheblich; es würde zu weit führen, auf dieselben einzugehen.

nicht erlaubt, die rei vindicatio auf quidquid juris in eo fundo est abzustellen.

Labeo geht nun noch weiter und sagt: da also Usukapion und Tradition, zwei von den drei Rechtswirkungen des Besitzes, wegfallen, wenn die Grösse des Teils unbestimmt ist, so sind die rechtlichen Wirkungen des „esse in fundo“ (der reinen Thatsache des Besitzes) hier derart beschnitten, dass man von einem „possidere“ (einer mit Rechtsfolgen ausgestatteten Thatsache) nicht mehr sprechen kann.

Fassen wir also die beiden eben besprochenen Rechtsfolgen des Besitzes ins Auge, so enthält der Satz keine Härte, sondern zieht nur eine unzweifelhaft richtige Konsequenz aus dem Wesen des Besitzes.

Nicht dagegen spricht Labeo[15]) hier von der dritten Rechtsfolge des Besitzes, vom Interdiktenschutz[16]). Er kann davon nicht sprechen, weil der Besitzschutz auch einer incerta pars sehr wohl möglich, weil er nötig und von den Römern auch thatsächlich zugelassen ist.

Nehmen wir das von Savigny[17]) angeführte Beispiel:

Gajus stirbt, Sejus und Titius wissen, dass sie die einzigen Erben sind, aber nicht, zu welchen Teilen ein Jeder eingesetzt ist, da sie das Testament noch nicht einsehen konnten. In dieser Ungewissheit ergreifen sie Besitz; sie sind also Mitbesitzer und die partes sind incertae. Sejus wirkt in irgend welcher Weise auf die res communis ein. Titius will ihn daran hindern, er wendet sich an den Praetor, der folgenden Befehl erlässt:

---

[15]) Dieselbe Ansicht vertritt Kindel (l. c. § 21), nur macht er zur Basis seiner Deduktion die von uns bestrittene Ansicht, dass der Besitz ein Recht sei. Vgl. die Einleitung der Abhandlung.

[16]) Eine ähnlich singuläre Stellung dieser Rechtsfolge des Besitzes vgl. § 5 der Abhandlung S. 49.

[17]) Savigny (l. c. S. 262 Anm. 4) folgert aus der durch dieses Beispiel nachgewiesenen Notwendigkeit, auch hier Interdiktenschutz zuzulassen, dass Labeo den Satz nicht billige, sondern im Gegensatz zur mera subtilitas die Anwendung der mildernden aequitas fordere.

uti possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto.

Wären die Teile bestimmt, so würde das Verbot gegen Verletzung der Grenzen gehen, hier sind die partes aber incertae, daher verbietet das Interdikt jegliche Einwirkung von Seiten eines Einzelnen auf die res communis.

Dass der Interdiktenschutz auch hier Bedürfnis ist, beweist das eben angeführte Beispiel unzweifelhaft[18]); Titius ist der Eigenmacht des Sejus gegenüber recht- und schutzlos ohne die Hilfe des Praetors. Dass die Interdikte sehr wohl geeignet sind, auch den Besitz einer incerta pars zu schützen und dass die Römer auch kein Bedenken getragen haben, sie in dieser Funktion zu verwenden, scheint mir aus den Formeln der Interdikte hervorzugehen.

Uti possidetis[19]) — unde tu illum dejecisti.

Überall sind Ausdrücke gewählt, die eine bestimmte Abgrenzung der Teile absolut nicht erfordern.

Wenn also Pomponius (Labeo) in lex 32 § 2 D. 41, 3 sagt:

si plures sint in fundo, qui ignorant, quotam quisque partem possideat, neminem possidere

so meint er damit folgendes:

Keiner von den „plures“ darf die Thatsache seines „esse in fundo“ zum Zwecke der usucapio (oder Tradition) ausbeuten.

Von dem Interdiktenschutz spricht die Stelle nicht; das esse in fundo ist eine Thatsache und diese Thatsache wird geschützt durch die Interdikte, deren Formeln Kenntnis der Grösse der pars nicht erfordern.

Labeos Worte enthalten also nicht eine übertriebene und harte Konsequenz der Regel, nemo incertam partem possidere potest, die durch Ergänzung der aequitas zu mildern ist, son-

---

[18]) Vgl. Savigny l. c. und § 5 dieser Abhandlung.

[19]) Über das interdictum utrubi vgl. § 5 dieser Abhandlung S. 46 u. f.

dern einen logischen Schluss für die Deduktion über die usucapio.

Es erübrigt noch, die Frage zu beantworten, ob den Mitbesitzern, welche die Grösse ihres Teils nicht kennen, die Interdikte unbedingt zuzusprechen oder nach Analogie der vindicatio einer incerta pars von der Bedingung einer justa causa ignorantiae[20]) abhängig zu machen sind.

Ich möchte mich für letzteres entscheiden[21]) und zwar aus einem rein prozessualischen Grunde.

Wir greifen auf das schon oben erwähnte Beispiel Savignys zurück.

Sejus und Titius sind Mitbesitzer, die partes sind incertae. Sejus wirkt in irgend welcher Weise auf die res communis ein. Titius will ihn daran hindern, er geht zum Praetor, setzt diesem die Lage des Falles auseinander und bittet um das Interdikt. Wenn nun auf die Frage, die, wie Javolenus in lex 20 § 1 D. 11, 1 ausdrücklich sagt, der Praetor zu stellen hat, quota ex parte fundum possides, Titius respondere non potest, so ist ganz von selbst die weitere Frage des Praetors nach der causa ignorantiae gegeben. Ergiebt sich nun eine justa causa ignorantiae, so wird das Interdikt gewährt, erweist sich jedoch die causa als injusta, so werden die Parteien angewiesen, zunächst die Grösse der Teile festzustellen.

Diese Frage nach der causa ignorantiae scheint mir um so mehr in der Natur der Sache zu liegen, als es erstens überhaupt sehr selten vorkommen wird, dass die Inhaber einer res communis nichts über die Grösse ihrer Teile wissen und zweitens dies nur ein vorübergehender Zustand sein kann. „Denn wenn auch der unmittelbare Gebrauch der Sache sich ohne Bestimmtheit der Teile denken lässt, so ist

---

[20]) Vgl. lex 76 § 1 D. 6, 1 und lex 1 § 5 D. 5, 4.

[21]) Der gänzliche Mangel an Vorschriften der Quellen hierüber berechtigt uns, wie ich glaube, zwischen der Vindikation und dem Interdiktenschutz einer incerta pars eine Parallele zu ziehen.

jedenfalls für die Teilung des Ertrages dieselbe unbedingt notwendig[22]).“

Die Natürlichkeit der Frage des Praetors nach dem Grunde des Nichtwissens lässt es als angemessen erscheinen, nach Analogie der Vindikation einer incerta pars auch bei Gewährung des Interdiktenschutzes eine justa causa ignorantiae[23]) zu erfordern.

Ziehen wir das Resultat aus diesem Paragraphen:

Nemo incertam partem possidere potest. Wenn daher die Inhaber eines ungeteilten Gegenstandes den Umfang ihrer Teile nicht kennen, so ist, wie Labeo sehr richtig folgert, im Hinblick auf Usukapion und Tradition keiner als Besitzer anzusehen; wohl aber geniessen sie den Schutz der Interdikte gegen einander, die in diesem Falle jegliche Einwirkung auf die res communis von seiten eines Einzelnen untersagen. Ob das römische Recht eine justa causa ignorantiae als Bedingung des Interdiktenschutzes erfordert hat, muss dahin gestellt bleiben, doch erscheint es als wahrscheinlich und durchaus angemessen.

§ 3.

Das Verhältnis der Mitbesitzer unter einander.

Nachdem wir das Wesen des Mitbesitzes festgestellt und die Kontroverse über die Zulässigkeit der incertae partes zu lösen versucht haben, kommen wir nun zu der Frage: in welchem Verhältnis stehen die Mitbesitzer zu einander, d. h. wie regelt sich das Mass ihrer gegenseitigen Rechte und Pflichten?

Lex 28 D. com. divid. 10, 3 sagt über diese Frage:

---

[22]) Miescher l. c. S. 201.

[23]) Eine justa causa ignorantiae dürfte auch in dem von Dernburg l. c. angeführten Falle vorliegen, wo „die Quoten erst durch komplizierte Rechnung für die Zukunft“ und auch da kaum mit Sicherheit festzustellen wären.

> Sabinus ait in re communi neminem dominorum jure facere quicquam invito altero posse. unde manifestum est prohibendi jus esse: in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat. sed etsi in communi prohiberi socius a socio ne quid faciat potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, cum prohibere poterat, hoc praetermisit.

und lex 10 pr. D. 39, 3:

> Si autem plures sint ejusdem loci domini, unde aqua ducitur, omnium voluntatem esse sequendam non ambigitur[1]).

Aus diesen Stellen ist in verschiedenster Weise das gegenseitige Verhältnis der Mitbesitzer herauskonstruiert worden. Es wird nötig sein, die Ansichten der einzelnen Juristen hier vorerst zu besprechen.

Randa[2]) folgert aus der zuerst citierten Stelle, dass zu jeder Handlung eines Mitbesitzers, die das gemeinsame Objekt betrifft, omnium compossessorum consensus, der allerdings auch stillschweigend gegeben werden könne, nötig sei, „widrigens können die Mitbesitzer gegen ihn die Besitzklagen (wegen Störung des Besitzes) gebrauchen". Ziehen wir die Konsequenzen dieser Ansicht, so sehen wir, dass, wenn zu jeder einzelnen Besitzhandlung eines Mitbesitzers die Zustimmung der übrigen nötig ist, dies nicht zum Schutze, sondern zur Negation des Mitbesitzes führen würde. Wir dürfen nicht vergessen: der Mitbesitz ist ein thatsächliches Verhältnis; wo bleibt aber die Thatsächlichkeit, wenn die Ausübung der Herrschaft von seiten eines jeden Mitbesitzers dadurch rein illusorisch wird, dass der andere durch sein vielleicht chikanöses veto jede noch so unbedeutende Besitzhandlung verhindern kann? Randa giebt zu, dass es Mitbesitz giebt, negiert ihn aber im nächsten Augenblick wieder, indem er seine Ausübung unmöglich macht.

---

[1]) Ähnlich auch lex 11 D. 8, 5.

[2]) Randa l. c. S. 413. (Dultz l. c. S. 18.)

Auch Miescher[3]) weist die Ansicht Randas als in praxi undurchführbar zurück und macht bei der Behandlung der Frage dieses Paragraphen, wie Windscheid[4]) sagt, die gute Bemerkung, dass „in dem Willen, Mitbesitzer zu sein, auch die Ermächtigung an die Genossen liege, sämtliche Handlungen vorzunehmen, welche notwendig sind, um sich den verhältnismässigen Nutzen der Sache zu verschaffen, vorausgesetzt, dass dadurch der eigene Nutzanteil nicht geschädigt wird".

Ich möchte zunächst hier nur den Ausdruck „Nutzen" geändert wissen; er ist, wie ich schon im ersten Paragraphen ausführte, zu eng, das Ergebnis des Besitzes kann ja auch Verlust sein. Auch Dultz[5]) will das Wort „Nutzen" nicht gelten lassen und sagt, der Zweck der Herrschaft könne „z. B. Affektionsinteresse" sein, giebt übrigens keinen besseren Ausdruck. Ich möchte „Nutzen", „Affektionsinteresse" u. s. w. zusammenfassen in der allgemeinen Redewendung: das Ergebnis der Herrschaft.

Dultz hält ferner den Ausdruck „die sämtlichen Handlungen, welche notwendig sind, um sich den verhältnismässigen Anteil des Ergebnisses der Herrschaft anzueignen", für zu weit und allgemein. Er versucht die Lösung in anderer Weise:

Zunächst meint er durch eine „gewisse Feststellung" des Verhältnisses, welches wir Mitbesitz nennen, die Grenzen enger zu ziehen. Es müsse unstreitig und wirklich Mitbesitz vorliegen, mag derselbe nun durch stillschweigende Übereinstimmung oder „in anderer Weise" entstanden sein.

Ich glaube, diese Voraussetzung wird jeder anerkennen und sie ist von Miescher und Hesse stillschweigend gemacht worden. Wir erörtern das Verhältnis der Mitbesitzer unter einander — natürlich muss also re vera Mitbesitz vorliegen —,

---

[3]) Miescher l. c. S. 167.

[4]) Windscheid: Pandekten. 5. Aufl. S. 462 Anm. 12. (Miescher l. c. S. 169.)

[5]) Dultz l. c. S. 21. (Randa l. c. S. 415 Anm. 16a.)

um die Frage beantworten zu können, welche Klagen ein compossessor gegen den anderen hat[6]).

„Der gemeinsame Wille Aller", so fährt Dultz in seiner Deduktion fort, „muss einmal gerichtet sein auf eine dem Zwecke des Mitbesitzes entsprechende Behandlung der res communis, ferner aber in dem Gewährenlassen des dem Einzelnen zustehenden Einwirkens auf das Ganze bestehen."

Dultz stimmt also im wesentlichen mit Miescher überein, betont nur mehr den gemeinsamen Willen aller, der über dem der einzelnen gleichsam schwebt.

Endlich müssen wir hier noch der Ansicht Hesses[7]) gedenken, der darin einen „Ausweg" findet, um die den Mitbesitz zerstörende Ansicht Randas zu vermeiden, dass er „die Mitbesitzer mit dem persönlichen Bande der communio umschlingt". Wenn er übrigens in der weiteren Entwicklung aus dem Einspruchsrecht[8]) eine Anzeigepflicht folgert von seiten desjenigen Mitbesitzers, der eine Besitzhandlung vorzunehmen beabsichtigt, so kann ich dies weder aus den Quellenstellen herauslesen[9]), noch als notwendige Folge des Einspruchsrechts anerkennen[10]).

Soviel über die verschiedenen Theorieen, welche das Verhältnis der Mitbesitzer unter einander zu regeln versuchen. Die Ansicht Randas führt, wie ich schon oben ausgeführt habe, zur Negation des Mitbesitzes überhaupt und kann daher nicht die richtige sein. Die Meinungen aber von Hesse, Miescher und Dultz schliessen einander, wie ich glaube, abgesehen von

---

[6]) Nicht in den Rahmen unserer Abhandlung gehört daher die allerdings richtige Bemerkung Steinlechners, dass, obgleich noch Streit über die compossessio besteht, die Mitbesitzer sich vereinen können, um den Angriff eines Dritten abzuwehren. Steinlechner l. c. Bd. II S. 13. Savigny l. c. S. 262 Anm. 4.

[7]) Hesse l. c. S. 129 § 7.

[8]) Vgl. hierüber Schott: jus prohibendi. S. 6.

[9]) Dultz l. c. S. 19.

[10]) Miescher l. c. S. 162.

einzelnen bereits erwähnten Punkten, nicht aus, sondern ein jeder von ihnen betont nur eine andere Seite des Verhältnisses. Ich möchte die Frage in folgender Weise zu lösen versuchen:

Mitbesitz ist die thatsächliche Herrschaft mehrerer Personen über eine Sache zu ideellen Teilen. Durch diese thatsächliche Herrschaft begründet, neben ihr herlaufend, finden wir das persönliche Verhältnis der Mitbesitzer, eine communio, die entweder (wohl meist) durch Vertrag geregelt ist oder als communio incidens gegenseitige Obligationen quasi ex contractu erzeugt[11]).

Nach Analogie der societas also werden wir das persönliche Verhältnis der Mitbesitzer zu ordnen haben; jeder einzelne muss haften für diligentia quam in suis rebus adhibere solet[12]), die bona fides, Treu und Glauben, wird die Mitbesitzer leiten müssen in allen ihren gegenseitigen Beziehungen.

Die thatsächliche Herrschaft wird geleitet durch den gemeinsamen Willen aller Mitbesitzer, der zunächst darauf gerichtet ist, die res communis in einer dem Zweck des Mitbesitzes entsprechenden Weise zu beherrschen, ferner aber auch jeden Einzelnen bevollmächtigt, sich den seiner ideellen Quote entsprechenden Teil des Ergebnisses der Herrschaft anzueignen. Wie weit er bei der Vornahme der hierzu nötigen Handlungen gehen darf, wird ihm die oben erwähnte bona fides, die das Verhältnis der Genossen regelt, vorschreiben, sie zieht die Grenze, die Dultz vergeblich sucht.

Das Resultat dieses Paragraphen ist:

Wir finden in dem Begriff „Mitbesitz“ einen Dualismus

---

[11]) Dieser Annahme scheint mir auch die lex 7 § 5 D. 10, 3, auf die wir im § 4 zurückkommen werden, nicht zu widersprechen, da sie ja nur davon spricht, dass in gewissen Fällen den Mitbesitzern die actio communi dividundo ausnahmsweise versagt ist, während sie ihnen in anderen Fällen z. B. durch lex 3 § 1 u. 2 D. 39, 1 direkt neben den Interdikten zugesichert wird.

[12]) lex 72 D. 17, 2.

d. h. neben einander herlaufend die thatsächliche Herrschaft und das persönliche Verhältnis der Mitbesitzer. Diese bilden eine communio, der gemeinsame Wille aller beherrscht die res communis und erteilt jedem die Erlaubnis, sich zu nehmen, was ihm vom Ergebnisse der Herrschaft zukommt.

II.

Wir kommen nun zur Erörterung der Frage, welche Klagen den Mitbesitzern gegen einander zu Gebote stehen.

Wir fanden im Wesen des Mitbesitzes einen Dualismus, neben einander herlaufend die thatsächliche Herrschaft und das persönliche Verhältnis, die communio, welche die Mitbesitzer bilden. Dem entsprechend werden wir die compossessores gegen einander auch mit zwei Klagearten auszustatten haben, je nachdem wir die Thatsache des Besitzes oder die obligatio ex communione zur Basis des erhobenen Anspruchs machen. Die Klagen, die hier in Frage kommen, sind die actio pro socio, die actio communi dividundo und die possessorischen Interdikte; ob diese nun unter Mitbesitzern zu verwenden und im römischen Rechte verwendet worden sind, und in welchem Verhältnis sie zu einander stehen, klar zu legen, wird die Aufgabe dieses Teiles sein.

§ 4.

Haben die Mitbesitzer unter einander die actio pro socio und actio communi dividundo?

Die actio pro socio ist eine actio bonae fidei, welche lediglich das persönliche, obligatorische Verhältnis der Genossen unter einander regelt. Sie steht, wenn die communio, welche die Mitbesitzer bilden, durch Vertrag geregelt ist, unzweifelhaft einem Mitbesitzer gegen den anderen zu.

Auch die actio communi dividundo ist eine actio bonae fidei, welche das persönliche Verhältnis der Gemeinschafter unter einander regelt, aber immer nur gestützt und gerichtet auf die res communis, welche die dingliche Basis der communio bildet. Über das Ziel dieser Klage sagt Eck[1]) sehr richtig: „Jeder Genosse kann durch diese Klage vom anderen verlangen:

1. Ein Verhalten, wie es durch die Natur der Gemeinschaft nach billigem Ermessen geboten ist; insbesondere, dass der andere ihm die Ausübung seiner Mitberechtigung in den durch Gesetz oder Privatwillkür bestimmten Grenzen, wie z. B. einen unschädlichen Gebrauch des gemeinsamen Gegenstandes, gestatte, auch sich selbst einer weitergehenden Ausübung enthalte, dass er ferner die Ausführung der im gemeinsamen Interesse notwendigen Massregeln dulde und dem Kläger die dadurch erwachsenen Unkosten verhältnismässig vergüte, sowie endlich, dass er den aus Mitteln der Gemeinschaft gemachten Sondergewinn mit dem Kläger teile und den durch seine — des Beklagten — Schuld den andern zugefügten Schaden ersetze,

2. eine Auseinandersetzung der Gemeinschaft."

Der leitende Gesichtspunkt bei der Regelung der gegenseitigen Beziehungen der Genossen ist stets der Nutzen der ganzen communio, wie dies Paulus mit klaren Worten in lex 26 D. 8, 2 sagt:

> per communi dividundo actionem consequitur socius, quominus opus fiat aut ut id opus, quod fecit, tollat, si modo toti societati prodest opus tolli.

„Begründet wird das Verpflichtungsverhältnis", welches durch die actio communi dividundo geregelt wird, sagt Windscheid[2]), „durch die Thatsache, dass ein dingliches Recht mehreren Personen gemeinschaftlich ist. — Die Gemeinschaft

---

[1]) Eck l. c. S. 98.

[2]) Windscheid l. c. § 449 Anm. 1.

des blossen Besitzes begründet das Verpflichtungsverhältnis nicht.“ Dem widerspricht Rümelin[3]), indem er behauptet, dass „die actio communi dividundo auch auf Grund des Besitzes angestellt werden kann“.

Die ersten fünf Paragraphen der lex 7 D. 10, 3 werden wir unserer Untersuchung zu Grunde zu legen haben, um entscheiden zu können, ob Mitbesitz zur Verwendung der actio communi dividundo berechtigt.

Unstreitig haben die actio communi dividundo (directa) gegen einander die Miteigentümer. Ferner, nach § 2, qui in rem Publicianam habent, etiam communi dividundo judicium possunt exercere.

Hierauf führt Ulpian einen Fall an, in dem eine Person, der die rei vindicatio nicht zustehe, die also nicht Eigentümerin sei, dennoch die actio communi dividundo utiliter verwenden dürfe, indem er fortfährt:

> Ex quibusdam autem causis vindicatio cessat, si tamen justa causa est possidendi, utile communi dividundo competit, ut puta, si ex causa indebiti soluti res possideatur.

Um diese Stelle[4]) zu erklären, stellt Keller[5]) die Ansicht auf, Ulpian habe hier an die usureceptio fiduciae gedacht und etwa geschrieben:

> ut puta ex causa debiti soluti fiducia possideatur.

Der Fall würde dann so liegen: A ist Schuldner des B, er überträgt dem B an Zahlungsstatt oder als Pfand eine res zu fiduciarischem Eigentum. Später zahlt A dem B seine Schuld und die res fiduciaria kommt auf irgend welche Weise, jedoch nicht durch remancipatio, in jure cessio oder usureceptio

---

[3]) Rümelin: Die Teilung der Rechte. § 8 S. 110. Ähnlich Miescher l. c. S. 172.

[4]) Geib: Die rechtliche Natur der actio communi dividundo, sagt: es steht hier utilis, wo man doch an actio directa denken sollte, behandelt den Paragraphen aber nicht weiter.

[5]) Vgl. Mommsen ad h. l.

an A zurück. Dann hat B Eigentum an der Sache, freilich nur ein nudum jus quiritium, dem A steht also nicht die rei vindicatio zu, dennoch soll er, wenn ihm die res mit C gemeinschaftlich ist, gegen diesen die actio communi dividundo verwenden dürfen.

Gegen diese Auffassung ist zunächst einzuwenden, dass es kaum anzunehmen ist, dass Ulpian, der sich sonst so klar und deutlich auszudrücken pflegt, einen derartig komplizierten Fall in so wenigen und missverständlichen Worten gegeben hat. Ferner könnte er nur einen „Ausnahmefall" meinen, nämlich „wenn der Fiduziant wider den Willen des Gläubigers, also in Folge eigenmächtiger Okkupation sich in dem Besitze der fiducia befand"; denn in allen andern Fällen hat, wie Eck[6]) überzeugend nachweist, der ex causa debiti soluti besitzende Fiduziant die actio Publiciana und damit also auch die actio communi dividundo directa zu seiner Verfügung.

Wollte man nun auch, gestützt auf Gajus III, 201, die Behauptung aufrecht erhalten, dass diese Okkupation des Fiduzianten nicht als furtum angesehen worden sei, so kann man doch jedenfalls kaum von einer justa causa possidendi reden.

Ich möchte glauben, Ulpian hat so geschrieben, wie die Quellen es überliefern, und meint die solutio indebiti; dass dennoch die Stelle verständlich ist, hoffe ich im folgenden erweisen zu können.

Der Gedankengang der lex 7 citata ist folgender:

Die actio communi dividundo directa steht den Miteigentümern, also denjenigen Personen zu, die, wenn ihnen die res communis abhanden gekommen ist, dieselbe vindicieren können. In gewissen Fällen aber sollen Personen, welche

---

[6]) Eck l. c. S. 107 u. f. Die Richtigkeit der herrschenden Ansicht (Dernburg Pfdr. I S. 24 u. f.), dass der Fiduciant durch eigenmächtige Wegnahme der fiducia kein furtum begehe, wird von Geib gestützt auf l. 22 pr. D. 13, 7 bestritten. — Geib: Zeitschrift der Savigny-Stiftung VIII S. 116 Anm. 7.

die res communis nicht vindicieren können, dennoch die actio communi dividundo utiliter verwenden dürfen, si justa causa est possidendi. Beispiel: ut puta si ex causa indebiti soluti res possideatur.

Dieses Beispiel würde unverständlich sein, wenn wir nicht aus lex 18 pr. D. 12, 1, einem Citate aus dem liber septimus disputationum Ulpiani, ersehen könnten, dass Ulpian in betreff des Grundes der Übertragung des Eigentums mit Julianus, dessen Lehre die jetzt herrschende ist[7]), im direkten Widerspruche steht. Nach Ulpians Ansicht geht Eigentum bei der Tradition nicht über, wenn der Grund derselben auf einem Irrtum beruht; auf diesen Standpunkt also müssen wir uns stellen, um das in lex 7 § 3 D. 10, 3 Gesagte verstehen zu können.

C glaubt Schuldner des A und B zu sein und tradiert daher eine Sache so, dass sie res communis des A und B wird. Nach Ulpians Ansicht haben dann A und B nicht Eigentum (vindicatio cessat), sondern nur eine justa causa possidendi und können nur, so weit bereits konsumiert ist, — dies sagt lex 18 pr. D. 12, 1 ausdrücklich — der condictio indebiti die exceptio doli entgegenstellen.

Die ganze in § 3 gegebene Konstruktion einer actio communi dividundo utilis, deren Bedingung eine justa causa possessionis ist, beruht also auf einer durch die herrschende Meinung verworfenen, speziellen Ansicht Ulpians über das Motiv des Übertragungswillens bei der Tradition, hat also nur noch rechtshistorischen Wert, giebt aber jedenfalls nicht Vorschriften über die Verwendung der actio communi dividundo unter Mitbesitzern und ist daher für unsere Abhandlung unerheblich[8]).

---

[7]) Windscheid l. c. § 172 Anm. 5.

[8]) Es gehört nicht in den Rahmen unserer Abhandlung hinein, zu erörtern, wann die actio communi dividundo direkt — wir sprechen in Zukunft nur von der actio communi dividundo directa —, wann utiliter zu verwenden sei, doch möge mir die Bemerkung gestattet sein, dass die

§ 4 l. c. sagt uns, dass diejenigen, welche injuste[9]) besitzen, die actio communi dividundo nicht haben und hierauf folgt in § 5 ein Citat aus Julianus, welches uns Auskunft darüber geben wird, ob und in wie weit die Mitbesitzer die actio communi dividundo unter einander verwenden können.

> Julianus scribit, si alter possessor provocet, alter dicat eum vi possidere, non debere hoc judicium dari nec post annum quidem, quia placuit etiam post annum in eum, qui vi dejecit, interdictum reddi. Ebenso sollen nur die Interdikte zuständig sein, si alter dicat eum clam aut precario possidere[10]).

In dieser Stelle wird den Mitbesitzern für gewisse Fälle die actio communi dividundo abgesprochen, daraus geht hervor, dass sie sonst unter denselben sehr wohl zu verwenden ist, wie dies auch lex 3 § 1 und 2 D. 39, 1 und lex 12 D. 10, 3 — Stellen, auf die wir im Laufe der Abhandlung zurückkommen werden — mit so klaren Worten besagen, dass danach unzweifelhaft die Römer, abgesehen von den Ausnahmen, die wir im Laufe des Paragraphen besprechen werden, auch den Mitbesitzern untereinander die actio communi dividundo gewährt haben; um so mehr sind wir berechtigt, dies anzunehmen, „da sich bei ihnen ein sehr in die Augen springendes Bestreben zeigt, die verschiedenen Klageberechtigungen

Quellen dann den Zusatz „utilis“ geben, wenn das commune nicht selbst Gegenstand der Klage ist, sondern nur ein Anspruch eingeklagt wird, dessen Basis die res communis bildet. Vgl. lex 6 § 1 und lex 11 D. 10, 3. Die Erklärung des häufig ungenauen Sprachgebrauchs giebt lex 46 § 1 D. 3, 5. Vgl. Geib l. c. § 9.

[9]) Es werden genannt, die praedones, ferner diejenigen, welche vi, clam und precario besitzen. Von der precario possessio wird gesagt: precario vero possessio justa quidem, sed quae non pergat ad judicii vigorem.

[10]) Über die von Miescher l. c. S. 180 gegebene Interpretation dieser Stelle [er ergänzt auch zum zweiten alter das Wort possessor] und bereits von Rümelin l. c. S. 112 versuchte Widerlegung vgl. § 5 dieser Abhandlung S. 50 u. f.

der Teilhaber gegen einander, soweit solche mit der communis res in Verbindung stehen, in die actio communi dividundo aufgehen zu lassen, so dass diese als zur Hebung der Streitpunkte vorzüglich geeignete Klage dargestellt zu werden pflegt“[11]).

Ferner spricht hierfür auch ein innerer Grund:

Wie wir in § 3 unserer Abhandlung gesehen haben, bilden die Mitbesitzer eine communio, die häufig sogar durch Vertrag geregelt ist und daher die actio pro socio, welche hauptsächlich die personales praestationes regelt, zulässt. Das Bedürfnis nun in einer solchen communio auch „eine mehr dingliche Klage“ zu gewähren, wie es lex 1 D. 10, 3 angiebt[12]), ist vorhanden, mag Miteigentum oder Mitbesitz die Basis derselben sein. Es ist kein Grund einzusehen, warum nicht dies Bedürfnis beim Mitbesitz ebenso befriedigt werden sollte, wie beim Miteigentum.

Ja ich glaube, wir dürfen sogar noch einen Schritt weiter gehen und sagen, es war vollständig unerheblich, ob Miteigentum oder Mitbesitz vorlag, die formula[13]) — und dies spricht sehr für unsere Auffassung — scheint den judex nur einfach aufgefordert zu haben, das „commune“, „welches sie nicht näher bezeichnete, zu teilen“[14]). Die Formel ist uns zwar nicht erhalten, sie kann aber, wie Lenel[15]) in überzeugender Weise nachweist, nur etwa gelautet haben:

> Quod L. Titius C. Sejus de communi [eorum?] dividundo et si quid in communi damni datum factumve

[11]) Schneider in Sells Jahrbüchern Bd. I Nr. X S. 395.

[12]) Wenn die in § 2 angeführten Beispiele nur vom Miteigentum sprechen, so ist damit doch nicht ausgeschlossen, dass auch der Mitbesitz denselben Regeln unterliegt. Im Gegenteil, es spricht zunächst eine Präsumtion dafür, dass Mitbesitz und Miteigentum analog zu behandeln sind.

[13]) Wir sprechen hier nur von der actio communi dividundo directa.

[14]) Vgl. auch die letzten Worte von lex 1 D. 10, 3 und Isidor. orig. V 25 § 10.

[15]) Lenel: Das edictum perpetuum S. 164 u. f.

sit sive quid eo nomine aut absit eorum cui aut ad eorum quem pervenerit, judicem sibi dari postulaverunt: quantum . . . adjudicari oportet, judex . . . . adjudicato: quiquid ob eam rem alterum alteri praestare oportet ex fide bona, ejus, judex, alterum alteri c. s. n. p. a.

Da nun bei Mitbesitzern von adjudicare keine Rede sein kann, so ist anzunehmen, dass die Aufforderung hierzu in diesem Falle gar nicht in die Formel aufgenommen wurde, was um so wahrscheinlicher ist, da hier ja nicht Auflösung, sondern nur Regelung der communio bezweckt wird.

Titius und Sejus geben also dem Praetor nur an: res nobis communis est, und dieser hat keinen Grund danach zu fragen, ob Miteigentum oder Mitbesitz die Basis der communio bildet.

Die Mitbesitzer haben also die actio communi dividundo gegen einander, jedoch nur in den Fällen — dies geht ferner aus der oben citierten Stelle Julians hervor, ergiebt sich aber auch ebenso nach dem eben Gesagten von selbst —, wo sie sich gegenseitig anerkennen[16]); ist dies nicht der Fall, so stehen ihnen nur die Interdikte zu.

Sejus und Titius sind Mitbesitzer. Sejus wünscht die gegenseitigen Beziehungen zu ordnen, er provociert den Titius vor den Praetor. Nun sind zwei Fälle möglich:

1. Titius erscheint vor dem Praetor und erkennt stillschweigend oder durch confessio in jure ausdrücklich den Sejus als Mitbesitzer an; so mögen sie immerhin vi, clam oder precario besitzen, der Praetor hat nicht nach der rechtlichen Begründung des Mitbesitzes zu fragen[17]), nicht zu untersuchen, ob Miteigentum oder Mitbesitz vorliegt, sondern wird durch die oben angegebene Formel den arbiter zum Urteil anweisen.

---

[16]) Hierfür liegt auch ein Beweis in lex 26 D. 8, 2 si modo toti societati prodest.

[17]) Miescher l. c. S. 172.

2. Titius erscheint vor dem Praetor und sagt, Sejus besitze vi, clam oder precario, erkennt ihn also als Genossen nicht an, so ist von der actio communi dividundo keine Rede mehr, nur die Interdikte sind zuständig. Und zwar genügt einfach das Bestreiten der communio, um die actio communi dividundo unmöglich zu machen; von Beweisen, wie Rümelin[18]) will, ist gar nicht die Rede. Sobald einer der Mitbesitzer das persönliche Verhältnis leugnet, bleibt nur die Thatsache der Herrschaft mehrerer Personen über eine Sache als Fundament eventueller Klageansprüche übrig. Wie die Mitbesitzer berechtigt sind, auf der Basis des thatsächlichen Besitzes eine communio, durch Vertrag sogar eine societas zu erbauen, so steht es ihnen auch zu, diese persönlichen Verhältnisse zu vernichten und sich auf die Thatsache des Mitbesitzes zu beschränken.

Das Resultat unseres Paragraphen ist:

Die Mitbesitzer haben gegen einander die actio pro socio, sobald die communio, die sie bilden, durch Vertrag geregelt ist. Liegt ein Vertrag nicht vor, ist aber die communio unbestritten, d. h. erkennen sich die Mitbesitzer gegenseitig an, so steht ihnen die actio communi dividundo zur Verfügung.

§ 5.

Haben die Mitbesitzer unter einander die possessorischen Interdikte?

Zunächst werden wir festzustellen haben, welche Art von Klagen wir im Sinne des römischen Rechts als possessorische Interdikte bezeichnen.

---

[18]) Rümelin l. c. S. 111. Rümelin glaubt sich in Widerspruch mit Eck, weil er übersieht, dass dieser in der citierten Stelle (l. c. S. 106) nur von der formula der actio communi dividundo utilis spricht. Wenn übrigens Rümelin meint, Titius dürfe dem Sejus auch vorwerfen, dieser habe nicht ihn, sondern einen Dritten dejiciert, so würde ja der Stelle gemäss (quia placuit) daraus folgen, dass Titius, obgleich nicht selbst dejiciert, dennoch das Interdikt habe; dies ist aber unmöglich. Das Interdikt hat nur der Dejicierte gegen den Dejicienten.

Es gehört nicht in den Rahmen unserer Untersuchung, des Näheren auszuführen, wie im Laufe der Zeit sich aus dem Befehl des Praetors — aut jubet aliquid aut fieri prohibet (praetor)[1]) — mit darauf folgender sponsio und restipulatio, durch Verabredung einer Konventionalstrafe u. s. w. eine besondere Klageart entwickelt hat, es mag genügen zu konstatieren, dass „die Form der Interdikte, in der sie in Rom eingeführt sind, später weggefallen ist, jedoch der Name geblieben und auch bei uns üblich ist[2])", dass wir also in Übereinstimmung mit den römischen Juristen der nachklassischen Zeit unter den possessorischen Interdikten schlechthin die Besitzklagen, d. h. also diejenigen Klagen, welche das reine Faktum des Besitzes schützen, verstehen.

Ebensowenig ist hier der Ort, die verschiedenen Theorieen zu besprechen, die den Grund des Besitzschutzes[3]) behandeln. Mag man den Besitz schützen „seiner selbst wegen" oder weil „Gewalt an und für sich verboten ist", mag man ihn schützen, weil er „anfangendes", vielleicht „wahrscheinliches" Eigentum ist oder „im Interesse der notwendigen Ergänzung des Eigentums", immer wird aus demselben Grunde, wie der Alleinbesitzer, auch der Mitbesitzer Anspruch auf Interdiktenschutz machen können.

Wir haben hier zu untersuchen, ob die Quellen die Mitbesitzer gegen einander mit den possessorischen Interdikten ausstatten und folgen hierbei der Einteilung in interdicta retinendae und recuperandae possessionis.

A.

Die interdicta retinendae possessionis.

I. Interdictum uti possidetis.

Dultz führt eine doppelte Funktion dieses Interdikts an; ich glaube, wir werden nicht fehlgreifen, wenn wir sagen,

[1]) Gajus IV. § 139.

[2]) Bruns l. c. III. Aufl. § 32 S. 438.

[3]) Ihering: Grund des Besitzschutzes. 2. Aufl. S. 5 u. 6.

das interdictum uti possidetis greift in dreifacher Weise schützend durch:

a) um die Vindikation vorzubereiten,

b) zum Schutz gegen die den Besitz störenden Handlungen des Genossen,

c) als Waffe des eine erlaubte Besitzhandlung vornehmenden Mitbesitzers gegen den (vielleicht nur chikanösen) Einspruch des Andern.

Die Funktion ad a) ist unter Mitbesitzern undenkbar[4]). Denn während sonst durch das Interdikt in dieser Funktion festgestellt wird, wer der Besitzer ist, also für den Eigentumsprozess die günstige Rolle des Beklagten hat, ist ja hier klar, dass beide besitzen.

In b) und c) haben wir die negative und positive Funktion des Interdiktes, es gilt eben die Formel der lex 1 pr D. 43, 17:

> uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis vim fieri veto

„nicht nur zur Abwehr von Handlungen der Genossen, sondern auch zum Schutz von eigenen Handlungen, soweit dieselben nicht als Störung erscheinen“[5]).

Wie verwenden nun die Quellen dieses Interdikt unter Mitbesitzern?

> 1. Hoc interdictum locum habet, sagt lex 1 § 7 D. 43, 17, sive quis totum fundum possidere se dicat, sive pro certa parte, sive pro indiviso possideat.

Mit den Worten is, qui dicit se pro parte indivisa fundum possidere, bezeichnet der Jurist hier unzweifelhaft den Mitbesitz zu einem ideellen Teile. Gegen wen wird dieser

---

[4]) Miescher scheint dies zu übersehen. In den von ihm S. 183 angeführten Fällen wird das Interdikt in der Funktion ad b und c verwendet.

[5]) Windscheid l. c. S. 462 Anm. 12. (Miescher l. c. S. 185. Wendt: Faustrecht. S. 124.)

geschützt? Gegen jeden, der stört oder zu stören droht, mag er compossessor oder extraneus sein, die Stelle nimmt keinen aus und hätte dies entschieden thun müssen, wenn sie Bedenken getragen hätte, das Interdikt auch unter compossessores zu gestatten.

2. Die Paragraphen 1 und 2 lex 3 D. 39, 1 stellen der actio communi dividundo ein Schutzmittel per praetorem gegenüber. Von der Interpretation dieses „per praetorem" wird es abhängen, ob wir die Stelle hier verwenden können.

> § 1. Si unus nostrum in communi loco faciat, non possum ego socius opus novum ei nuntiare, sed eum prohibebo communi dividundo judicio vel per praetorem.
>
> § 2. Quodsi socius meus in communi insula opus novum faciat et ego propriam habeam cui nocetur, an opus novum ei nuntiare possim? et putat Labeo, non posse nuntiare, quia possum eum alia ratione prohibere aedificare, hoc est vel per praetorem vel per arbitrum communi dividundo: quae sententia vera est.

Um nun den Ausdruck „per praetorem" in richtiger Weise auffassen zu können, sehen wir zu, wie Ulpian sonst die Wendung gebraucht.

Ebenfalls im liber 52 ad edictum sagt er in lex 5 § 10 D. 39, 1:

> Meminisse autem oportebit, quoties quis in nostro aedificare vel in nostrum proicere vult, melius esse eum per praetorem vel per manum, id est lapilli ictum prohibere quam operis novi nuntiatione: ceterum operis novi nuntiatione possessorem eum faciemus, cui nuntiaverimus. At si in suo quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denuntiatio erit necessaria. Et si forte in nostro aliquid facere quis perseverat, aequissimum erit interdicto adversus eum: Quod vi aut clam aut uti possidetis uti.

Welches Interdikt die beiden Stellen mit dem „per praetorem“ meinen, ist sehr streitig:

Stölzel[6]) und Büff[7]) suchen darin das Interdikt quod vi aut clam, Windscheid[8]) (er streicht die Worte id est lapilli ictum als Glosse), Witte[9]), Miescher[10]) und Dultz[11]) das Interdikt uti possidetis.

Die zuletzt citierte Stelle verbindet per praetorem durch vel mit per manum, id est lapilli ictum; wir wollen letzteres zunächst zu erklären versuchen.

Die lex 6 § 1 D. 8, 5 lautet:

> nam cum nihil sit innovatum, ille possidet et aedificantem me prohibere potest et civili actione et interdicto quod vi aut clam. Idem et si lapilli jactu impedierit.

Dultz[12]) erklärt hiernach den ictus vel jactus lapilli als „häufig vorkommendes Mittel der Einlegung des Interdiktes quod vi aut clam“. Ich kann das aus dieser Stelle nicht herauslesen, idem et si ist, wie ich glaube, zu übersetzen durch „derselbe Zweck wird erreicht“. Welcher Zweck? Das prohibere[13]), idem koordiniert civilis actio, das interdictum und lapilli ictus, drei verschiedene Methoden, das injicere vel immittere zu verbieten. Ich glaube also vielmehr, es ist der

---

[6]) Stölzel: Lehre von der operis novi nuntiatio. S. 69. — Ebenso Burckhard, Glücks Kommentar, Forts. Serie der Bücher 39 u. 40 Bd. I. Erlangen 1871. S. 68 ff.

[7]) Büff l. c. S. 125.

[8]) Windscheid l. c. II. § 466 Anm. 18.

[9]) Witte: Interdictum uti possidetis. S. 107, 108. — Ebenso Ad. Schmidt: Zeitschrift für Civilrecht und Prozess. N. F. VIII. S. 28 und Schott l. c. S. 17 u. 18.

[10]) Miescher l. c. S. 174.

[11]) Dultz l. c. S. 36.

[12]) Dultz l. c. S. 36.

[13]) Es ist hier nicht vom jus prohibendi im technischen Sinne die Rede, sondern von der Befugnis zur sogenannten prohibitio. Vgl. Schott l. c. S. 11.

jactus lapilli als Akt der Selbsthilfe aufzufassen, der sich von dem Interdikt quod vi aut aut clam dadurch unterscheidet, dass dieses nur gegen den bereits Bauenden geht, jener aber Einspruch erhebt sowohl gegen den, qui aedificat, als auch besonders gegen den, qui aedificare vult.

Dass lapilli jactus nichts weiter ist als ein Einspruch gegen eine drohende oder bereits geschehene Handlung, beweist ausser dem bereits Gesagten lex 20 § 1 D. 43, 24; sie sagt:

> Prohibitus autem intelligitur quolibet prohibentis actu, id est vel dicentis, se prohibere vel manum opponentis lapillumve jactantis prohibendi gratia.

Ob man also mit Worten oder durch thätliches Eingreifen seinen Widerspruch geltend macht, ist gleichgültig, jedenfalls prohibiert man damit nur, und erst wenn trotz des Verbotes, wie lex 20 kurz vorher sagt (vi facit is, qui prohibitus facit), der Gegner prohibitus perseverat in faciendo, begeht er eine vis und kann also das Interdikt quod vi aut clam gegen ihn angewendet werden, nicht aber, wenn er nur inmittere vel projicere vult.

Wenden wir das, was wir eben gefunden, auf lex 5 § 10 D. 39, 1 an, so ergiebt sich, dass der erste Teil dieser Stelle von Prohibieren gegen eine Person, qui aedificare vult, also nicht vom Interdikt quod vi aut clam spricht, dass daher der Ausdruck per praetorem unbedingt nur das Interdikt uti possidetis bezeichnen kann[14]). Und dieses ist hier auch vollständig am Platze, da es gerade gegen drohende Störungen gegeben wird[15]), und durch vel mit per manum verbunden eben auch ein Mittel bezeichnet, und zwar ein Rechtsmittel neben der Selbsthilfe, um dem Gegner, qui aedificare vult, ein Verbot entgegenzustellen.

---

[14]) Vgl. auch Schott l. c. S. 18 u. 19.

[15]) Savigny l. c. S. 402 Nr. 2; vergleiche auch l 2 § 18 D. 43, 3 und Windscheid l. c. § 159.

Ist nun hier der allgemeine Ausdruck „per praetorem“ auf das interdictum uti possidetis zu spezialisieren, so dürfen wir wohl sicher auch in der lex 3 D. 39, 1, die ja ebenfalls von Ulpian und auch aus dem liber 52 ad Edictum stammt, dieselbe Bedeutung des Ausdruckes annehmen und diese Stelle als Beweis dafür anführen, dass die Römer das Interdikt uti possidetis auch einem Mitbesitzer gegen den andern gewährt haben, und zwar neben der actio communi dividundo.

Dasselbe sagt mit klaren Worten lex 12 D. 10, 3:

> 3. si aedes communes sint aut paries communes et eum reficere vel demolire vel in eum inmittere, quid opus sit, communi dividundo judicio erit agendum aut interdicto uti possidetis experimur.

Dennoch ist auch diese Stelle nicht unbestritten. Witte[16]), Randa[17]) folgt ihm, hat eine „scharfsinnige, aber sehr bedenkliche“ Auslegung gefunden, indem er vorschlägt, aut nicht durch „oder“, sondern durch „denn sonst“ zu übersetzen. Die Stelle würde dann sagen, „durch die actio communi dividundo muss die Gemeinschaft aufgehoben werden, denn sonst verhindert der socius das einseitige Vorgehen durch das Interdikt“. Witte sieht einen Beweis hierfür in der Häufung der Verben „erit agendum“ und „experimur“, er meint, der Jurist hätte sich kürzer ausgedrückt, hätte er aut in dem Sinne von „oder“ gemeint.

Ich meine, gegen Witte lässt sich folgendes einwenden:

1. Ulpian stellt wiederholt, wie wir eben gesehen haben[18]), das Interdikt neben die actio communi dividundo und verbindet beide durch vel, dasselbe thut auch die von Dultz angeführte Basilikenstelle. Gebraucht er nun hier aut, so spricht zunächst einmal die Vermutung dafür, dass er damit,

---

[16]) Witte l. c. S. 108. (Windscheid l. c. S. 454 Anm. 12.)

[17]) Randa l. c. S. 414 § 17 Anm. 16.

[18]) lex 3 § 1 u. 2 D. 39, 1 und l 5 § 10 D. 39, 1.

wie sonst, oder (vel) meint[19]), er hätte, wollte er anders verstanden sein, sicherlich statt aut etwa „alioquin“[20]) oder „alias“[21]) sagen müssen.

2. scheint mir gerade das Wort „experimur“ die erste Person Pluralis und die Abwechslung in dem Ausdruck für „klagen“ gegen Wittes Auffassung zu sprechen. Gerade durch die Häufung der Zeitwörter will der Jurist, wie ich glauben möchte, ausdrücken, dass es dem socius nach Belieben frei steht, das persönliche Verhältnis oder die Thatsache des Besitzes zu betonen.

3. In allen bisher angeführten Stellen will die actio communi dividundo die communio nicht zerstören, sondern gerade erhalten und ordnen.

Ich kann also die Auffassung von Witte nicht billigen, ebensowenig aber aus dem Subjektswechsel herauslesen, dass die Teilungsklage gegen die Mitbesitzer, das Interdikt aber gegen einen extraneus gerichtet sein soll. Dultz[22]) hat sicherlich sehr recht, wenn er sagt, dass zu dieser Auslegung auch nicht die geringste Andeutung der Stelle berechtigt.

Nach lex 12 D. 10, 3 steht also den Mitbesitzern auch unter einander sowohl die actio communi dividundo als auch das Interdiktum uti possidetis zu.

4. Es bleibt noch übrig, eine Stelle zu besprechen, deren Text sehr unsicher ist, lex 3 § 9 D. 43, 17. Wir führen zunächst die Lesart der Florentina an:

Si vicinus meus in parte mea tectoria habet et in

[19]) So auch die entsprechende Basilikenstelle XII 2, 12: *Ἐὰν τὰ ἐπίκοινα ἡμῶν οἰκήματα ἢ τὸν ἐπίκοινον τοῖχον ὁ εἷς ἡμῶν ἀνανεωθῆναι βούληται ἢ καταλύσαι αὐτὸν ὡς σαθρὸν ἢ κατὰ τοῦ ἐπικοίνου τοίχου δοκοὺς ἐπιθεῖναι ἢ τὸ κομμοῦνι διβιδοῦνδο χρὴ κινεῖν ἡμᾶς κατ' ἀλλήλων ἢ τὸ οὔτι ποσσιδέτις ἤγουν τὸ τῆς διακατοχῆς ἐντέρδικτον.* (Auch Heimbach übersetzt vel—vel.) Vgl. Dultz l. c. S. 37.

[20]) Rudorff zu Savigny Besitz Nr. 134.

[21]) Miescher l. c. S. 194.

[22]) Dultz l. c. S. 39.

parte sua, uti possidetis mihi efficax est, ut ea tollere compellatur.

Wenn mein Nachbar in die Mauer, die unsere Grundstücke trennt und res communis ist, auf beiden Seiten, d. h. auf der meinem und der seinem Grundstück zu gelegenen Seite Stuck einlässt[23]), so stört er mich, seinen Mitbesitzer, und ich habe daher das Interdikt. Zu ergänzen ist dann, bringt er nur auf seiner Seite Stuck an, so liegt darin keine Störung.

Zu demselben Resultate kommen wir, wenn wir mit Kriegel den Basiliken[24]) gemäss lesen in pariete meo et pariete suo. Ist nun diese Lesart wirklich, wie Dultz[25]) sagt, die allgemein angenommene, so haben wir in dieser Stelle allerdings einen schwer wiegenden Beweis für die Verwendung der Interdikte unter Mitbesitzern. Lesen wir dagegen mit Mommsen[26]), si vicinus in parte in pariete meo tectoria habeat et in parte sua, so müssen wir entweder die Stelle, da sie nur vom Alleinbesitz handelt, aus unserer Abhandlung streichen oder die wohl sehr gewagte Interpretation Mieschers[27]) annehmen, dass Ulpian hier von einer Mauer redet, die im Alleinbesitz steht, im Gegensatz zu dem gewöhnlichen Falle, wo sie Gegenstand des Mitbesitzes ist, und dass wir daher

---

[23]) Ich kann mich Miescher nicht anschliessen, der S. 189 tectoria habere durch „tünchen" übersetzt. Tünchen ist incrustare und davon wird in lex 13 § 1 D. 8, 2 ausdrücklich gesagt: Parietem communem incrustare licet secundum Capitonis sententiam. Vom Befestigen der tectoria werden die Ausdrücke „imponere" lex 44 D. 7, 1 und „inducere" lex 38 D. 6, 1 gebraucht, aus denen klar hervorgeht, dass wir tectoria durch „Stuck" zu übersetzen haben. Vgl. Vitruv. 7, 3.

[24]) *εἰ ὁ γείτων μου ἐν τῷ τοίχῳ μου κονιάματα ἤτοι ζωγραφίας ἔχει, καλῶς κινῶ, ἵνα ταῦτα ἀφέληται.*

[25]) Dultz l. c. S. 40.

[26]) sua ne junge cum parte, sed intellige tectoria parieti vicini ipsius imposita.

[27]) Miescher l. c. S. 189.

auf letzteres Verhältnis aus dieser Stelle nur mit dem argumentum e contrario Schlüsse ziehen dürfen.

Ich glaube, wir werden von dieser lex absehen müssen, da sich ihr Wortlaut nicht feststellen lässt. Durch die oben angeführten Stellen scheint mir aber bereits hinreichend bewiesen zu sein, dass das römische Recht den Mitbesitzern zur Regelung ihrer Verhältnisse unter einander neben der actio communi dividundo das interdictum uti possidetis zuspricht.

2. interdictum utrubi.

Das interdictum utrubi schützt den Besitzer von Mobilien im Gegensatz zum interdictum uti possidetis, das sich nur auf Immobilien bezieht. Wir müssen bei demselben zwei Perioden unterscheiden:

I. In älterer Zeit verbot es nach p. D. 43, 31 das vim fieri zu Gunsten desjenigen, der majore parte hujusce anni besessen hatte. Dieser Beweis des längeren Besitzes war aber — wir folgen Miescher[28]) — nur nötig, wenn der Besitzer zum Zwecke der Vindikation festgestellt werden sollte. Wie wir oben bereits nachgewiesen haben, ist aber eine Verwendung der Interdikte als praeparatorium für den Vindikationsfall unter Mitbesitzern undenkbar; es ist daher auch das interdictum utrubi in dieser Funktion unter Mitbesitzern nicht zu verwenden[29]).

Wird aber die Vindikation nicht vorbereitet, so ist auch der Beweis des längeren Besitzes nicht mehr zu erbringen, das Interdikt schützt gegen Störung und nur diese ist zu beweisen. Hier liegt kein Grund vor, den Mitbesitzern den Schutz abzusprechen, den die Alleinbesitzer geniessen.

II. Durch Justinian wurde das interdictum utrubi dem interdictum uti possidetis vollständig gleichgestellt, nahm also auch dessen Funktionen an und wird somit auch in gleicher

[28]) Miescher l. c. S. 179.

[29]) Über Mieschers irrige Ansicht siehe oben.

Weise, wie dieses für das Verhältnis der Mitbesitzer zu verwenden sein.

B.

Die interdicta recuperandae possessionis.

I) Das interdictum unde vi.

Das interdictum unde vi dient zur Wiedererlangung des Besitzes unbeweglicher, das interdictum utrubi in seiner rekuperatorischen Funktion zur Wiedererlangung des Besitzes beweglicher Sachen.

Miescher[30]) sagt: „das interdictum unde vi lässt sich unter solchen, die noch Mitbesitzer sind, nicht denken. Ein Mitbesitzer kann sich wohl durch Dejektion des andern Alleinbesitz verschaffen, nicht aber kann man einen Alleinbesitzer zur ideellen Hälfte dejicieren. Dadurch dass sich jemand mit Hilfe von Gewalt auf meinem Grundstück festsetzt, ist er noch nicht mein Mitbesitzer geworden.“ Der letzte Satz ist unbestritten richtig, aber darauf kommt es gar nicht an, sondern es ist zu untersuchen, wie Dultz[31]) bemerkt, „ob das Interdikt zusteht, wenn einer unter den Mitbesitzern den andern seines Besitzteiles entsetzt, ihn von der Ausübung seines bestehenden Mitbesitzes gewaltsam vollständig ausschliesst“.

Dultz hat hier die Frage sehr richtig formuliert, folgt aber der von ihm selbst gegebenen Richtschnur nicht, sondern greift den Ausspruch Mieschers „ein Mitbesitzer kann durch Dejektion des andern sich Alleinbesitz verschaffen“ auf und beweist an einem Beispiele, dass, wenn vier Personen gemeinsam besitzen, durch Dejektion des einen nicht Alleinbesitz entsteht, sondern die andern drei Mitbesitz haben. Ich glaube, das wird ihm jeder, sicherlich auch Miescher, zugeben, aber hier ist zu erörtern, ob das interdictum unde vi unter Mit-

---

[30]) Miescher l. c. S. 179.

[31]) Dultz l. c. S. 28.

besitzern — die Zahl derselben kann doch wohl hier keine Rolle spielen, was für drei oder vier gilt, darf sich doch bei zweien nicht als falsch erweisen — zu verwenden ist. Ich glaube, es kommt zunächst auf die Beantwortung folgender Fragen an:

1. Ist Dejektion von einer ideellen pars möglich?

2. Wird durch die vis das Verhältnis des Mitbesitzes derartig gestört, dass Alleinbesitz eintritt, folglich auch von Interdiktenschutz unter Mitbesitzern keine Rede mehr sein kann?

ad 1). Mitbesitz ist die thatsächliche Herrschaft mehrerer Personen über eine Sache; wird nun eine dieser Personen durch Gewalt von dem ihr zukommenden Teile der Herrschaft ausgeschlossen, so wird sie als Mitbesitzer dejiciert. Es ist nur die Frage, wie ist dies Ausschliessen von einem Teile der Herrschaft möglich? Von einer ideellen pars, die, wie wir oben schon sahen, nur intellectu vorhanden ist, kann man sicherlich durch vis atrox niemanden dejicieren. Wohl aber ist es möglich, wenn die ideelle Teilung in ihren Wirkungen reell wird, diese Wirkungen durch Gewalt zu verhindern und somit indirekt, indem man ihr jede Lebensäusserung unterbindet, die ideelle pars selbst zu zerstören. Ein Mitbesitzer kann also den andern dadurch dejicieren, dass er ihn hindert, die notwendigen Handlungen vorzunehmen, welche ihm seinen Anteil an dem Ergebnisse der Herrschaft über die Sache verschaffen sollen.

ad 2). Tritt nun durch diese Dejektion Alleinbesitz ein?

Lex 1 § 23 D. 43, 16 wird uns auf eine richtige Antwort führen, die aber jedenfalls, wenn sie für uns Wert haben soll, für alle Fälle gelten muss, nicht nur, wie Dultz will, wenn drei oder mehr Personen besitzen.

Die eben citierte Stelle sagt mit deutlichen Worten interdictum autem hoc nulli competit, nisi qui tunc, cum deiceretur, possidebat. Dennoch pflegen wir in ungenauer Ausdrucksweise zu sagen, der Besitzer wird geschützt. Derjenige,

welcher Besitzer war und es augenblicklich nicht ist, wird geschützt gegen den, der jetzt Besitzer ist.

Die Thatsache des Besitzes hat aufgehört[32]), die rechtliche Wirkung desselben, der Interdiktenschutz dauert fort; denn sobald die Interdikte in rekuperatorischer Funktion auftreten, ist, wie Savigny[33]) aus einem Beispiel des Theophilus nachweist, gegenwärtiger Besitz nicht vonnöten und dennoch tritt Besitzschutz ein. Wiederum[34]) finden wir, dass der Interdiktenschutz den übrigen Rechtsfolgen des Besitzes gegenüber eine singuläre Stellung einnimmt. Dejektion unterbricht die Usukapion, macht Tradition unmöglich, während der Interdiktenschutz von ihr unberührt bleibt.

Wenn also A seinen Mitbesitzer B dejiciert, so wird A allerdings thatsächlich Alleinbesitzer, dennoch hat B gegen ihn das interdictum unde vi.

Die Richtigkeit dieser Deduktion geht aus der schon oben besprochenen lex 7 § 5 D. 10, 3 hervor, die zugleich eine Verwendung der actio communi dividundo für diesen Fall ausschliesst. In dieser Stelle giebt Julian durch eine fein durchdachte Redewendung in wenigen Worten an, wie das Verhältnis des Mitbesitzes durch die Dejektion eines compossessors umgestaltet wird[35]).

> Julianus scribit, si alter possessor provocet, alter dicat eum vi possidere, non debere hoc judicium (sc. actio communi dividundo) dari nec post annum quidem, quia placuit etiam post annum quidem, quia placuit etiam post annum in eum qui vi dejecit interdictum reddi.

Wenn der eine, der (jetzt Allein-) Besitzer ist, provociert[36]),

---

[32]) Es würde zu weit führen, hier auch die besonderen Grundsätze zu erörtern, welche gelten, wenn das Grundstück eines abwesenden Besitzers clam okkupiert wird. Man spricht hier von einer possessio solo animo.

[33]) Savigny l. c. S. 413—416.

[34]) Vgl. § 1 S. 11 und § 2 S. 21 dieser Abhandlung.

[35]) Vgl. § 4 dieser Abhandlung S. 34.

[36]) Wenn hier A der Dejicient, B den Dejicierten provociert, um

der andere (der früher Mitbesitzer war) anführt, jener besitze durch Gewalt, so ist das interdictum unde vi, nicht die actio communi dividundo zu verwenden. Vor der Dejektion also waren A und B Mitbesitzer, nach derselben ist A thatsächlich Alleinbesitzer, B nur noch „der andere", der durch das interdictum unde vi eine Anwartschaft auf Wiedererlangung des Besitzes hat[37]). Also das interdictum unde vi ist auch unter Mitbesitzern oder genauer ausgedrückt unter solchen, die es waren, von den Römern verwendet worden.

2. Dasselbe gilt auch von dem interdictum de precario[38]) und de claudestina possessione, denn lex 7 § 5 D. 10, 3 fährt fort:

> Etsi precario, inquit, dicat eum possidere, adhuc cessabit hoc judicium (sc. actio communi dividundo), quia et de precario interdictum datur. Sed etsi clam dicatur possidere, qui provocat, dicendum esse ait cessare hoc judicium: nam de claudestina possessione competere interdictum inquit.

Überträgt also z. B. der Alleinbesitzer A dem B Mitbesitz als precarium und wünscht nach einiger Zeit wieder den Alleinbesitz herzustellen, fordert also das precarium zurück, so hat er, wenn B sich weigert, von dem ihm gewährten Teil der Herrschaft zurückzutreten, nach der oben citierten Stelle das interdictum de precario unzweifelhaft zu seiner Verfügung.

---

die actio communi dividundo anzustellen, so kann der Jurist nur folgende Fälle meinen, dass entweder A den B nur partiell, also nur von einem Teile seines Teiles der Herrschaft dejiciert hat, oder dass nach erfolgter Dejektion A dieselbe bereut und nur eine rechtliche Auseinandersetzung mit B wünscht.

[37]) Wenn Miescher l. c. S. 180 den Fall anführt, dass A den B von einer reellen pars fundi dejiciert, so gehört dies nicht hierher, da A Alleinbesitz hat und durch Dejektion von einer pars quota Mitbesitz nie entstehen kann. Vgl. Dultz l. c. S. 29.

[38]) Bruns (l. c. S. 180—183) streitet diesem Interdikt die possessorische Natur vollständig ab.

Ebenso verhält es sich mit dem interdictum de clandestina possessione, dessen Dasein freilich sehr bestritten ist.

Es erübrigt, nochmals zu betonen, das die interdicta recuperandae possessionis mit der actio communi dividundo nicht konkurrieren, sondern in den angegebenen Fällen die einzigen Klagen sind, die den Mitbesitzern zustehen.

Ziehen wir nun das Resultat dieses Paragraphen:

Das römische Recht gewährt den Mitbesitzern auch gegen einander den Schutz der Interdikte[39]).

Dass dies so ist, haben wir aus den Quellen nachzuweisen und, wo diese schweigen, durch Analogie zu ergänzen versucht. Wenn nun aber die angeführten Stellen zum Teil unsicher und bestritten sind, so möchte ich noch folgenden Grund für die Bejahung der Frage unseres Paragraphen in die Wagschale werfen und denselben damit schliessen:

Wenn man die Zulässigkeit des Interdiktenschutzes unter Mitbesitzern bestreiten will, so muss man hierfür Gründe haben. Ich glaube aber, solche werden sich kaum finden lassen, zum mindesten sind sie bisher noch nicht gefunden worden.

§ 6.

In welchem Verhältnis stehen die den Mitbesitzern zuständigen Klagen zu einander?

Wir haben gefunden, dass den Mitbesitzern gegen einander drei Klagen zur Verfügung stehen, die possessorischen Interdikte, die actio communi dividundo und die actio pro socio. Es wird sich nun darum handeln, festzustellen, ob die Mitbesitzer nach Belieben von diesen Schutzmitteln sich eins auswählen können, oder ob jede einzelne Klage auf eine bestimmte Art von Fällen beschränkt ist.

---

[39]) Auch der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich giebt, wie aus den Paragraphen 817—822 hervorgeht, dem Besitzer die Besitzklagen gegen jeden Störer, also auch gegen den Mitbesitzer.

Ein Blick auf das Wesen des Mitbesitzes wird uns auf den richtigen Weg zur Beantwortung dieser Frage führen.

Der Mitbesitz ist zunächst nur die thatsächliche Herrschaft mehrerer Personen über eine Sache. Auf dieser thatsächlichen, realen Basis baut sich eine communio auf, die, wenn sie durch Vertrag geregelt ist, sich zur societas erhebt und dann ein rein obligatorisches Verhältnis darstellt. Der feste Grund aber, auf den sich diese künstlicheren Gestaltungen des Verhältnisses stützen, ist und bleibt die Thatsache des Besitzes.

Hieraus ergiebt sich, dass die Mitbesitzer principaliter und stets die Interdikte gegen einander haben. Mag das Verhältnis sich bis zur durch Vertrag geregelten societas fortgebildet haben oder bereits derartig zerstört worden sein, dass der dejicierte (frühere) Mitbesitzer nur noch die Anwartschaft auf Wiederherstellung desselben hat, mag die communio anerkannt oder bestritten sein, immer haben die Mitbesitzer die Interdikte zu ihrer Verfügung.

Anders verhält es sich mit den beiden andern Klagen.

Die Verwendung der actio communi dividundo ist nur dann möglich, wenn auf der Basis des Besitzes sich eine communio gebildet hat, wenn die Mitbesitzer also einander als solche anerkennen[1]).

Ist dies aber der Fall, so konkurrieren die actio communi dividundo und die Interdikte, und zwar steht es dem Mitbesitzer frei, eine dieser Klagen zu wählen, je nachdem ihm die Betonung des persönlichen Verhältnisses oder des rein faktischen Besitzes praktischer erscheint[2]). Und dies ergiebt sich um so mehr als richtig, da es durchaus in dem Charakter der actio communi dividundo liegt, die übrigen durch die res communis begründeten Aktionen neben sich zu dulden, wie

---

[1]) Vgl. § 4 dieser Abhandlung S. 36 und lex 7 § 5 D. 10, 3.

[2]) Dass dies sich so verhält, geben die Quellen — wir haben dies bei der Besprechung der einzelnen Stellen bereits betont — wiederholt an. Wir erinnern an lex 3 § 1 u. 2 D. 39, 1 und lex 12 D. 10, 3.

Schneider in Sells Jahrbüchern Band I No. X pag. 402 sehr richtig sagt:

„Die Zuständigkeit der sonst üblichen Aktionen (neben der actio communi dividundo) bildet die Regel."

Tritt aber der Mitbesitz in seiner, ich möchte sagen vollkommensten, aber kompliziertesten Form, nämlich der societas, auf, so haben die Mitbesitzer gegen einander drei Klagen, die actio pro socio, die actio communi dividundo und die Interdikte, sie können nach freiem Ermessen rein dinglich als Besitzer, zwar persönlich, aber auf dinglicher Basis aus der Gemeinschaft oder rein persönlich als socii gegen einander klagen. Es erübrigt das Resultat zu ziehen:

Die Mitbesitzer gegen einander haben principaliter und stets die possessorischen Interdikte zu ihrer Verfügung. Ist die Gemeinschaft von allen Mitbesitzern anerkannt, so können sie ausserdem durch die actio communi dividundo ihre Verhältnisse regeln, wozu noch die actio pro socio zu fügen ist, sobald Vertrag die communio zur societas erhebt.

III.

Nachdem wir nun die Klagen, die den Mitbesitzern gegen einander zustehen, besprochen haben, erübrigt es noch, in dem letzten Teile unserer Abhandlung zu erörtern, welche Klagen die Quasimitbesitzer einer Servitut gegen einander haben.

§ 7.

Welche Klagen haben die juris quasi compossessores gegen einander?

Mit dem Ausdruck juris quasi possessio bezeichnen die römischen Juristen „das thatsächliche Bestehen eines Zustandes, welcher, wenn er rechtlich anerkannt wäre, eine Servitut

bilden würde“[1]). Haben nun mehrere Personen zu ideellen Teilen thatsächlich ein derartiges jus in re aliena, so sprechen wir von einer juris quasi compossessio.

Von einer reellen Teilung, wie sie beim Sachmitbesitz möglich war, kann hier gar nicht die Rede sein, denn ein Recht lässt sich nicht realiter, sondern nur ideell teilen[2]). Aber auch diese ideelle Teilung lässt sich, wie ich glaube, nur beim ususfructus denken, denn er ist pro partibus indivisis teilbar[3]), nicht aber bei den übrigen Servituten, die auch ideell unteilbar und auch nicht einmal der Ausübung nach übertragbar sind.

Miescher hat den Satz von der Unteilbarkeit der Servituten, wie mir scheint, vollständig ausser Acht gelassen, Dultz erkennt ihn zwar an, glaubt aber dennoch, „häufige Fälle von compossessio auch an unteilbaren Prädialservituten zugeben zu müssen“. Ich kann mich seiner Auffassung nicht anschliessen, hoffe vielmehr die Behauptung beweisen zu können, dass bei den Servituten, abgesehen vom Niessbrauch, also bei dem usus und den Prädialservituten wegen ihrer Unteilbarkeit und Unübertragbarkeit quasi compossessio, daher auch Streit zwischen Quasimitbesitzern unmöglich ist[4]).

---

[1]) Baron l. c. § 174.

[2]) Windscheid l. c. § 205.

[3]) Auch Schneider l. c. S. 394 führt nur den ususfructus an als Servitut, an der sich eine juris quasi compossessio denken lässt. Vgl. lex 1 § 9 D. 35, 2, l 81 pr. D. 35, 2, l 13 § 1 D. 46, 4, l 5, 49, 50 D. 7, 1.

[4]) Wie Pomponius (Huschke Juris pr. antej. Edit. IV S. 146) sagt: servitutes (abgesehen vom ususfructus) dividi non possunt; nam earum usus (Ausübung) ita connexus est, ut qui eum partiatur, naturam ejus corrumpat. Die Ausübung des usus und der Prädialservituten besteht in einem körperlichen Einwirken, resp. nicht Einwirken auf eine Sache; dass dies nicht teilbar ist, liegt in der Natur der Sache. Vgl. Scheurl l. c. S. 55.

I. Usus.

Miescher[5]) scheint mir zunächst darin zu irren, dass er usus und ususfructus vollständig auf eine Stufe stellt[6]); der Niessbrauch ist unbestritten teilbar, dagegen uti pro parte non possumus[7]). Zwar ist es wohl möglich, dass der Eigentümer mehreren Personen an derselben Sache ein Gebrauchsrecht bestellt, dann liegen aber mehrere Personalservituten an einer Sache vor, nie aber lässt sich dies so denken, dass „der Umfang des Gebrauchs des Einzelnen genau einen Bruchteil des Umfanges ausmacht, welchen dieser Gebrauch hätte, wo das Recht dazu Recht eines Einzigen wäre, wie dies allerdings beim Fruchtbezug möglich ist“[8]). Quasimitbesitz am usus ist also undenkbar.

2. Die Prädialservituten.

Wie für den usus, so sprechen die Quellen auch unzweideutig für die Prädialservituten die Unteilbarkeit aus[9]). Hiervon glaubt Dultz eine Ausnahme konstatieren zu müssen, indem er sowohl für die positiven als auch für die negativen Prädialservituten einen „sehr möglichen Fall“ konstruiert. Hiergegen ist zunächst zu bemerken, dass wir wohl kaum berechtigt sind, um einen Beweis für die Bejahung der Frage unseres Paragraphen zu erhalten, den alten unbestrittenen Satz von der Unteilbarkeit der Servituten, abgesehen vom ususfructus, umzustossen, ferner aber liegt, wie ich erweisen zu können hoffe, in beiden von Dultz angeführten Fällen juris quasi compossessio gar nicht vor.

---

[5]) Miescher l. c. S. 197.

[6]) Dultz bemerkt dies sehr richtig, zieht aber nur für den usus, nicht auch für die Prädialservituten die richtige Folge aus der Unteilbarkeit.

[7]) lex 19 D. de usu 7, 8.

[8]) Scheurl l. c. S. 56.

[9]) lex 32 D. 8, 3 per partes nec adquiri nec imponi servitutes posse und lex 11 D. 8, 1 pro parte dominii servitutem adquiri non posse.

Bei Besprechung der negativen Prädialservituten bildet Dultz[10]) folgendes Beispiel: A und B besitzen das praedium dominans, B ausserdem das praedium serviens. Handelt nun B der Servitut zuwider, so stört er den Mitbesitz, daher hat A, sein Mitbesitzer, das Interdikt gegen ihn. Geben wir einmal zu, es läge wirklich juris quasi compossessio vor, so stört immerhin B nicht als Mitbesitzer des praedium dominans, sondern als Alleinbesitzer des praedium serviens, also vollständig als extraneus. Der Fall interessiert uns daher nicht bei unserer Abhandlung. Ausserdem aber liegt gar nicht juris quasi compossessio vor, und hiermit kommen wir zugleich zu dem zweiten von Dultz angeführten Falle. Die Servitut steht zu dem einen praedium dominans; wenn dies mehrere Personen besitzen, so entsteht dadurch noch keine juris quasi compossessio. Vielmehr handelt hier jeder Einzelne, sobald er nicht in vollständiger Übereinstimmung mit den Genossen und auf den Befehl ihrer Gesamtheit thätig wird, in Bezug auf die Servitut vollständig als extraneus, wohl aber stört er den Mitbesitz am praedium dominans. Daher haben die übrigen als Sachmitbesitzer [nach § 5] die Interdikte gegen den störenden Genossen, nicht aber als Rechtsmitbesitzer; juris quasi compossessio liegt auch hier nicht vor. Wenn nun Miescher[11]) ferner die lex 1 § 26 D. 43, 20 anführt:

> Si inter rivales, id est qui per eundem rivum aquam ducunt, sit contentio de aquae usu, utroque suum usum esse contendente, duplex interdictum utrique competit;

so glaube ich, dass auch diese Stelle nicht hierher gehört, denn sie spricht offenbar nicht von der compossessio zweier Grundstücke an einer Servitut, sondern es steht hier sowohl

---

[10]) Dultz l. c. S. 48.

[11]) Miescher l. c. S. 199.

dem einen wie dem andern praedium an dem Rinnsal das Wasserleitungsrecht zu[12]).

Ich hoffe also bewiesen zu haben, dass weder bei den Prädialservituten noch beim usus von einer juris quasi compossessio die Rede sein kann; es erübrigt, zu untersuchen, welche Klagen den Quasimitbesitzern eines ususfructus unter einander zu gewähren sind, besonders, ob sie den Schutz der possessorischen Interdikte haben.

Diese letzte Frage dürfen wir unbedingt bejahen, da eine Quellenstelle mit klaren Worten es konstatiert, und zwar nicht nur für usufructuare unter einander, sondern auch wenn der eine den usus, der andere den fructus ausübt:

lex 4 D. 43, 17:

> In summa puto dicendum et inter fructuarios hoc interdictum reddendum: et si alter usumfructum, alter possessionem sibi defendat. Idem erit probandum et si usus fructus quis sibi defendat possessionem, et ita Pomponius scribit. Perinde et si alter usum, alter fructum sibi tueatur, et his interdictum erit dandum.

Ja, gestützt auf diese Stelle können wir sogar noch einen Schritt weiter gehen und sagen: selbst wenn ein Verhältnis vorliegt, das von der einen Seite betrachtet juris quasi compossessio, von der andern Sachmitbesitz ist, d. h. also, wenn wir es mit einer Gemeinschaft zu thun haben, in welcher der eine Besitz, der andere ususfructus hat, so haben auch diese die Interdikte untereinander.

In dieser Stelle aber haben wir wiederum ein wichtiges Beweismittel für die Bejahung der Frage des Paragraphen fünf.

Der Schutz des Rechtsbesitzes ist von den Römern erst sehr spät eingeführt worden, ja seine Entwicklung hat im römischen Recht einen Abschluss überhaupt nicht gefunden. Soweit er aber ausgebildet ist, ist dies stets nach dem Vor-

---

[12]) Diese Ansicht vertritt auch Dultz l. c. S. 46.

bilde des Schutzes des Sachbesitzes geschehen. Haben wir hier also eine Stelle, die unzweideutig den juris quasi compossessores den Interdiktenschutz zuspricht, so liegt darin ein Beweis, dass die Römer kein Bedenken getragen haben, den Sachbesitzern die Interdikte gegen einander zu gewähren. Dass den Quasimitbesitzern eines ususfructus, wenn sie einander anerkennen, auch die actio communi dividundo zusteht, ist zwar in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt, ergiebt sich jedoch aus lex 13 § 3 D. 17, 1[13]). Ebenso ist es unzweifelhaft, dass, wenn die communio durch Vertrag geregelt ist, die Quasimitbesitzer die actio pro socio gegen einander verwenden können. Auch hier regelt sich das Verhältnis dieser drei Klagen unter einander nach den in § 6 angegebenen Normen.

Das Resultat dieses Paragraphen:

Im allgemeinen ist juris quasi compossessio und daher auch Interdiktenschutz unter quasi compossessores undenkbar, weil die Servituten unteilbar sind. Dagegen kann der ususfructus ideell geteilt werden, es ist daher bei ihm auch Mitbesitz möglich und deshalb verwendete das römische Recht die Interdikte, die actio communi dividundo und die actio pro socio auch unter mehreren Quasimitbesitzern eines Niessbrauches, ferner wenn einer usui, der andere fructus geniesst, schliesslich auch, wenn der eine Sachbesitz, der andere Servitutenbesitz hat.

Schluss.

Als Resultat unserer Abhandlung erhalten wir:

Der Mitbesitz ist die ideell geteilte Herrschaft mehrerer Personen über eine Sache. Die Basis des Verhältnisses ist der thatsächliche Besitz; durch diesen begründet besteht unter den Mitbesitzern eine communio, die, wenn sie durch

---

[13]) Vgl. Schneider l. c. S. 396.

Vertrag geregelt ist, sich zum rein persönlich obligatorischen Verhältnis erhebt. Genau den verschiedenen Gestaltungen des Verhältnisses entsprechend, stehen nun auch den Mitbesitzern mehrere Klagen zu Gebote.

Die Interdikte sind diejenigen Rechtsmittel, welche principaliter und stets den Mitbesitzern gegen einander zustehen, und zwar sind sie ausschliesslich zuständig, sobald die Gemeinschaft bestritten ist, also nur die Thatsache der geteilten Herrschaft übrig bleibt.

Neben den Interdikten ist die actio communi dividundo zu verwenden, wenn die Mitbesitzer einander als solche anerkennen, ferner auch die actio pro socio, wenn Vertrag die Gemeinschaft regelt.

Thesen.

I.

Die Mentalreservation ist nicht eine psychologische Unmöglichkeit.

II.

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches widerspricht der deutschen Rechtsanschauung, wenn er das Verhältnis zwischen Herrschaft und Gesinde als Dienstmiete bezeichnet.

III.

Die ministri sacramenti sind bei Abschliessung der Ehe die Ehegatten selbst.

Lebenslauf.

Ich, Gustav Wilhelm Heinrich Wilke, bin am 6. Juni 1864 zu Halle a. S. als Sohn des Sanitätsrats Dr. Wilke und seiner Ehefrau Katharina geb. Wilke geboren und gehöre der evangelischen Konfession an. Ich besuchte das städtische Gymnasium zu Halle und das Domgymnasium zu Naumburg a. S.; letzteres verliess ich Ostern 1885 mit dem Zeugnis der Reife, um in Freiburg i. B. die Rechte zu studieren. Ostern 1887 kam ich nach Berlin und hörte bei den Herrn Professoren: Cosack, Dernburg, Dambach, Eck, v. Gneist, Goldschmidt, Hübler, Rubo, Schmoller, Wagner.

Allen diesen Herren spreche ich meinen wärmsten Dank aus. Ganz insbesondere gestatte ich mir, die Herren Professoren Eck, Hübler und Pernice meiner unentwegten Ergebenheit und dankbarsten Verehrung zu versichern.

Am 15. März 1889 habe ich die erste juristische Prüfung beim Königlichen Kammergericht bestanden und arbeite zur Zeit am Königlichen Landgericht I zu Berlin als Referendar.